هاشم معروف الحسني

نظرية العقد في الفقه الجعفري

عرض واستدلال ومقارنات

دار التعارف للمطبوعات

نظرية العقد في الفقه الجعفري

١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م

دار التعارف للمطبوعات

الادارة والمعرض : حارة حريك - المنشية - شارع دكاش - بناية الحسنين
تلفون : ٨٣٧٨٥٧ - ٨٢٥٧٥٨ - ٨٢٣٦٨٥
صندوق البريد : ١١ - ٨٦٠١ = ١١ - ٦٤٣

السيد هاشم معروف الحسني
سيرة نقية، وفكر نقي...

نقاء سيرته، ونقاء فكره حقيقتان تواكبان اسمه: حياً وميتاً، حاضراً وغائباً...

ولد السيد هاشم معروف الحسني عام ١٩١٩ في قرية جناتا (قضاء صور ـ لبنان الجنوبي) وفي بيت من بيوت الصلاح والتقوى في جبل عامل، وفي رعاية والده السيد معروف، ذلك الرجل الوقور وقار المؤمن، الوديع وداعة الناس البسطاء، الطيب كطيبة الأرض التي كانت تعطيه من خيرها الوفير بقدر ما يعطيها من جهده الجاهد، وصبره المحتسب، وبركة يديه الخيّرتين.. في ظل هذه المزايا الكريمة لوالده السيد معروف، نشأ السيد هاشم نشأة كريمة اكسبته منذ الفتوّة وقار الرجال، ووداعة المؤمنين، وطيبة الناس الطيّبين كأرضهم جبل عامل.. في ظل هذه المزايا بالذات تمرّس السيد هاشم بأخلاق التواضع والصدق وعفّة اليد واللسان والضمير وببساطة العيش رغم انه عاش فتوّته وشبابه في بيت ميسور الحال موفور النعمة..

ويشهد الذين عايشوه أو عاصروه في النجف الأشرف وهو يطلب علم

الدين والشريعة هناك، ان هذه الاخلاق نفسها، وهذه العفة نفسها، وهذه البساطة الطيبة نفسها، ظلت من مميزاته المرموقة التي كانت تكسبه احترام اساتذته وزملائه واصدقائه وتلامذته، بل كانت تمنحه حبهم جميعا.

ونستطيع القول جازمين بأن هذه المميزات التي كانت تزداد ترسّخا في شخصية السيد هاشم، طوال اعوام الدراسة في النجف الاشرف، هي اساس ما عُرف به ايام طلب العلم هناك من مثابرة مدهشة على الدرس والمدارسة، ومن انكباب نادر المثال على الكتاب لا تلهيه عنه مغريات المجالس العامرة، يعقدها ايام العطل الاسبوعية، زملاؤه واصدقاؤه ترفيهاً لنفوسهم من عناء الدرس والتدريس... هذا لا يعني ان السيد هاشم كان زمِّيتاً، أو انطوائياً، أو متحرِّجا من مجالس الانس البريئة، أو كان كزّ المزاج لا تطيب له مؤانسة الاصدقاء والزُّملاء.. بل كان أمره على عكس ذلك: كان الوفا سريع الالفة طيب المؤالفة، تطرب نفسه للقاء الاصدقاء، يهتزُّ جسده كله سروراً ومرحاً للفكاهة اللاذعة الناقدة ويضحك لها مِلْء صدره، بل كثيرا ما كان هو يبادر بها ويرسلها عفوية ضاحكة محببة.. غير انه لم يَدَعْ لنفسه ان تسترسل في الاستمتاع بهذا كله، كيلا يطغى على استمتاعه الروحي بتحصيل المعرفة والعلم.. لذا كان حريصا على ان يقيم التوازن بين هذا وذاك في حياته اليومية، وكان ناجحاً جدّاً في إقامة هذا التوازن بالفعل...

السيد هاشم، طالب العلم، كان نموذجاً محترماً للطالب المنظَّم التفكير والعمل.. كان تنظيم عمله اليومي يتناسب مع نَسَق تفكيره الدقيق التنظيم.. فإنه بالرغم من تعدُّد عمله اليومي، كمياً ونوعياً، كان يبدو صافي الذهن، هادىء الاعصاب، متهلّل الوجه، فكأنه يعمل عملاً واحداً سهلاً.. مرجع هذه الظاهرة فيه هو قدرته الفائقة على تنظيم فكره وعمله.. هذه القدرة كانت له عوناً على إنجاز اعماله اليومية كاملة ومتقنة دون أن ترهقه ذهنياً ولا جسدياً.. بهذا القدر من حسن تصريفه الأمور كانت له الطاقة المدهشة في أن يحضر في اليوم الواحد أكثر من حلقة دراسية، وأكثر من حلقة مذاكرة،

وأن يمارس التدريس لأكثر من حلقة وكتاب. . غير أن الأهم من كل ذلك انه كان يتعامل مع زملائه وتلامذته كأنه هو المستفيد دائماً منهم في حين كان هو يفيد أكثر مما يستفيد. . من هنا كان السيد هاشم نموذجاً في التواضع بقدر ما كان نموذجاً في تنظيم عمله وتفكيره. .

كل اخلاقه ومزاياه هذه سواء ما اكتسبه في نشأته برعاية والده السيد معروف، أم ما ترسَّخ فيه منها خلال طلبه العلم بالنَّجف الاشرف، هي جميعا اخذت تبرز وتتوهّج، أكثر فأكثر، منذ انتهت مرحلة طلب العلم، وعاد الى جبل عامل ليمارس مهمّته كرجل دين. . في مرحلته الجديدة تغيرت كل الظروف السابقة، وجاءت ظروف مختلفة جداً. . وتبدلت شروط الحياة وشروط العمل، بل تبدَّلت حتى شروط التفكير. . بمعنى ان شخصيته الانسانية اصبحت عرضة لأن تتكوّن من جديد بصيغة جديدة. وصار من الممكن والمحتمل أن تهتزّ شخصية طالب العلم حين ينتقل فورا الى مرحلة عليه أن يواجه فيها الحياة والناس والأشياء والقضايا بوجه جديد، بشخصية جديدة، بمواقف جديدة، بعادات جديدة، بمزاج جديد الخ، الخ. . .

وهنا الامتحان الكبير، العسير، الشاق. . . هنا التحوُّل من شخصية طالب العلم الى شخصية رجل الدين بكل ما تحتمل شخصية رجل الدين من صفات وصيغ عيش وتفكير، ومن اشكال تعامل، مع الناس، مع الواقع الجديد. . . إنه التحول الصعب. فكيف إذن واجه السيد هاشم ظروفه الجديدة، واقعه الجديد. . . هل اهتزت شخصيته الطالبية النموذجية امام شخصية رجل الدين التي كان عليه ان يتقمّصها بسرعة دون اختلال؟

أسئلة كثيرة من هذا النوع تحتشد في الذهن. . مع أن سيرة السيد هاشم النقية، وفكره النقي، يقدمان لنا الجواب عن كل هذه الاسئلة بارتياح دون مشقة. . فقد بقيا على نقائهما دون انكسار. . وبقي السيد هاشم الطالب النموذجي، هو نفسه السيد هاشم العالم رجل الدين المرتجى. . بل أصبح اكثر نموذجية، اي اكثر توهجا، أي اكثر حضوراً في ظروفه الجديدة منه في

ظروفه السابقة كطالب علم. . .

كـل المزايـا التي عرفنـاهـا في السيـد هـاشم طـالب العلم في النجف الاشـرف، اثبتت حضورهـا الابهى في العلامـة السيد هـاشم رجل الـدين في جبل عامل:

أخلاق التواضـع والصدق وعفـة اليد واللسـان والضمير وبسـاطة العيش رغم وَفْرة اسباب العيش لديه. . كل هذه الاخلاق والصفات فيه، برزت عنده بصيغتها الجديدة منذ بدأ حياته الجديدة كرجل دين.

لكن هـذه الاخلاق والصفـات ذاتها اتخـذت صيغتها الجـديدة مسيّجـة بسياج حصين منيع من الورع بأعمق معانيه وأكثرها شمولية، إنـه الورع الـذي يصون صاحبه لا من مقاربة المحرّمـات الدينيـة التعبُّديـة وحدهـا، بل يصـونه ـ أولاً وآخراً ـ من مقاربـة المحرّمـات التعامليّـة بخاصـة: دينية، واجتمـاعية، وانسـانية ووطنيـة. . إن هذا النـوع التعاملي من الـورع، هو مـا يضع الفـارق الحاسم بين الورع العادي والاستثنائي، أو بين الـورع السطحي والعمقي، أو بين الورع الزائف والحقيقي. .

ورع العلاّمة السيد هاشم معـروف كان ورعـاً ذا طبيعة شمـولية، أولاً، وكان ـ الى ذلك ـ ورعاً استثنائيـاً وعُمقياً وحقيقيـاً. . نقول هـذا لا اعتباطـا ولا امتداحا. . وإنمـا نقولـه اعتقادا واستنـادا الى الواقـع والشاهـد والملموس من سيرته النقية. . فنحن نعرف من سيرته هذه أنه:

أولاً: كان له من صدق إيمانه الديني حصانة قـوية وراسخـة تمنع عنـه الوقوع في شرك المغريات الآثمة مهمـا تكن عليه من قـوة الاغراء وسحـره. . وهذا هو الورع الديني. .

ثانياً: كـان له من ادراكـه السليم وحدسـه الصائب مـا يعصمه من كـلا الشَّرّين: شر العـزلة المـطلقة عن النـاس دون تمييز بعضهـم من بعض، وشـر الاندماج المطلق بالناس دون الحيطة والحـذر من بعضهم دون بعض. بفضل

هذه العصمة أمكنه اجتناب أهل الشر منهم، مع الافادة من صلته بالخيّرين فيهم. . وهذا الورع الاجتماعي.

ثالثاً: كان من سماحة القلب ونبل العاطفة ما يضعه قريباً من الناس الضعفاء والبؤساء والمعذّبين. . بفضل هذا القرب الحميم استطاع أن يبلْسم بعض الجراح قدر ما لديه من الممكنات. . وهذا هو الورع الانساني. .

رابعاً: كان له من شرف العقل ونزاهة الضمير ما يبعده عن اهل الشبهات الذين لا يتورّعون عن بيع الوطن والمواطنين لقاء مكاسب شخصية. . بفضل هذا الشرف والنزاهة فيه كان قادرا ان يمتنع عن الانزلاق الى المنحدرات الموبوءة. . وهذا هو الورع الوطني. .

دخل العلاّمة السيد هاشم معروف الحسني عالم الوظيفة كقاضٍ في المحاكم الشرعية الجعفرية في لبنان. . لماذا فعل ذلك؟

نقول واثقين إنه لم يدخل عالم الوظيفة هذه إلا عن ضرورة دفعته الى ذلك. . هذه الضرورة لا يستطيع ان يدركها ويدرك قدرها إلا من عرف ظروف العيش التي يعانيها رجال الدين في جبل عامل، خصوصا منهم اهل العفّة والتواضع وصدق القول والعمل. . هؤلاء يعزّ عليهم أن تضطرهم ظروف العيش احيانا الى الخروج ـ ولو مقدار شعرة ـ عن اخلاقية العفة والتواضع والصدق. . من هذا الوجه المشروع اضطر السيد هاشم ان يتجنّب حالة الخروج عن أخلاقيته الاصيلة فدخل عالم الوظيفة كارهاً لا مختاراً. . لكنه فعل حسناً. . لقد أثبت ان الوظيفة ليست شرّاً بذاتها، وإنما هي تتشرَّف بمن يصاحبها بشرفه، ويلطّخها بالدنس من يلصق بها دنس يده وضميره. . لقد شرّفها السيد هاشم بالفعل: شرّفها بنزاهة يده وشرّف ضميره، وشرّفها بورعه الصارم. . وبسيرته النقية.

ولقد اثبت السيد هاشم ايضا خطأ الزعم أن الغَرَقْ في حياة الناس أو حياة الوظيفة يلغي فرص النشاط الفكري. أي يلغي ممكنات العمل في

مجالات الفكر والعلم . .

إن سيـرة السيد هـاشم وفكره يقـولان : لا . . بل إن الاتصـال بالنـاس، مهمـا يكن واسعا وعميقـا يكن باعثـاً لنشاط العقـل، ومصدرا لاغتنـاء الفكر، ومُلهماً للعمل والابداع . . فقد برهن السيد هـاشم، عملياً، أن فـرص الانتاج العقلي اكثر ما تكون توفّراً حين يكون العالم والمفكّر بين الناس يتعامل معهم ويتعـرف احتياجـات عقولهم، ويتفهّم قضـاياهم ومشكـلات حياتهم . . بـرهن على ذلك بنشاطه الخصب منذ اخذت تتعدّد وتتشـابك عـلاقاتـه بالنـاس، ثم منذ اخذت مهمـات القضاء الشـرعي تزدحم وتتكـاثر عليـه في المحكمة وفي البيت على حد سواء .

وبعد، فليس اقوى دلالة على السيد هاشم معروف الحسني من مؤلفاته العلمية والفكرية . . مؤلفاته وحدها تِقول لكم أيـة سيرة نقيّـة، وأي فكر نقيّ، ترك لنا فقيدنا الكبير السيد هاشم معروف الحسني .

صديق المؤلف

السيد هاشم معروف الحسني: إنسانا وباحثا إسلاميا

الانسـان والباحث التقيـا في السيد هـاشم معروف حتى قبـل أن أصبح السيـد واحداً من أعـلام المؤلفين الباحثين. . . التقى فيـه الانسـان والبـاحث ليتكون منهما ـ متلازمين متكاملين ـ هذا البنيان غير العادي: بنيانه الـديناميٍ، العصبي، الخشن الاليف، الانيس، الـرومـانسي. . ورومـانسيّتـه تكمن في ايمـانه وتـديّنـه، وهي تبلغ بحـرارتهـا وصفـائهـا مبلغ الحـالـة التي اسمهـا: الورع. . لكن اسمها في حالة السيد هاشم معروف الحسني خصوصا: الورع العظيم. .

الانسان باحثاً: انسان يطلب الحقيقة. . والباحث انسانـاً: باحث يعشق الحقيقـة. . والسيد هـاشم: انسانـاً وباحثـاً، هو: من عـرفناه يـطلب الحقيقة بشعور مرهف بالعشق وبالصـدق. . أقول: الصـدق، لأنه لا عشق إن لم يكن الصـدق. . ومنذ عـرفت السيـد هـاشم في عـلاقـات البحث والمـدارسـة في النجف حتى وقف قلمه وقلبه، عرفته يبحث عن الحقيقة بعشق وصدق، لكن ايضا بمنهجيّة منضبطة ومنفتحة على كل جهات الحقيقة. .

لا بالحدس الصُّـوفي الغيبي حَدَسْتُ فيـه هذه المميـزة الباهـرة. . كان

حدسي واقعيا جمعت عناصره الواقعية من تفاصيل كنت أرصدها في يوميات السيد هاشم الدراسية، حتى كان ذلك اليوم السعيد عام ١٩٣٦.. وهو السعيد بحق لأنني من ذلك اليوم حتى آخر ايام دراستي في النجف وجدت من حلاوة المعرفة ما لم يكن متيسراً لي أن أجد مثله من قبل.. لم يكن السيد هاشم واحداً من حلقة الاصدقاء لنا، ولا واحداً من زملاء الدراسة.. لكنّا جميعا كنا نلحظ كيف يستخدم وقته بتنظيم بالغ الدقة، ونلحظ أن وقته المنّظم بهذه الدقة موقوف على الدرس والمدارسة.. في حين كان وقتنا يتوزع على مشاغل متعددة متنوعة.. في ذلك العام بالذات (١٩٣٦) كنت قررت قراري الاخير: أن أبرمج وقتي ودراستي برمجة صارمة، وان أمسح من خارطة يومياتي كل شاغل يدخلها غريبا عن برنامجي الذي رسمت... لكن هذا الالتزام كان يقتضي - بالضرورة - التزاما آخر لا غنى عنه في نظام الدراسة النجفية وقتئذٍ... أعني كان يقتضي البحث عن رفيق يستطيع أن يلتزم معي هذا الالتزام، أو عن رفيق يكون له برنامجه الدراسي الصارم، الذي قررت ان يكون لي.. أي رفيق للمدارسة والمباحثة في موضوعات ومسائل علمية كان علينا استيعابها ذاتيا خارج حلقات الدروس مع الاساتذة. وكان قد ثبت عندي بالتجربة، خلال سنوات الدراسة هناك، ان هذا الشكل من الممارسة الذاتية في عملية التحصيل، هو الاجدى في كسب المعرفة، وهو الأكثر قدرة على تكوين الذاكرة المعرفية الغنية، وعلى تحقيق استقلالية الشخصية العلمية للدارسين... قلت: الممارسة الذاتية لأنها تعتمد لدى كل من طرفيها على التحضير الذاتي الجاد، يحفزه، الى جانب حب المعرفة، حب التكافؤ العلمي مع الطرف الآخر، واحيانا: حب التفوّق.

كان لا بد أن أبحث عن هذا الرفيق، وكان لا بد أن اقتحم اليه كل هذه العوائق... وبعد رصد طويل جاءني ذلك الحدس الواقعي الذي حدستُ في السيد هاشم معروف الحسني.. وجاءتني اللحظة السعيدة ووجدته كان اختياري مفاجأة له، وكان فرحه بالاختيار مفاجأة لي، وتقاسمنا بالتكافؤ فرح المفاجأة.. وبقي الفرح قسمة بيننا بالتكافؤ ايضا على مدى زمن الرفقة

السعيدة هذه التي امتدت حتى عام ١٩٣٨، أي حتى آخر يوم من عمر دراستي في النجف.. كان فرحنا يزداد عمقاً كلما ازددنا شعوراً بأن هذه الرفقة تعطينا المعرفة بقدر ما كنا نعطيها من جهد مشترك.

باعتزاز أقول الآن إن رفقة المدارسة والمباحثة مع السيد هاشم، اعطتني نعمة الفَرَحَيْن معا: فرح الصداقة، وفرح المعرفة... حتى الصداقة هنا كانت علاقة المعرفة تُرْبَتَها وجذرها اللذين منحاها ذلك الصفاء والنقاء... والمعرفة ذاتها هنا كان لها تربتها وجذرها الكامنان في أن السيد هاشم معروف الحسني له شخصية الانسان الباحث، او الباحث الانسان، أو طالب الحقيقة بشعور مرهفٍ بالعشق والصدق.. من هنا كان للمعرفة التي نكتسبها معا، مدارسة ومباحثة معنى آخر وطعم آخر.. كان لها معنى الاقتحام والمغامرة، ثم كان لها طعم الكشف والاكتشاف..

برنامج المدارسة والمباحثة التي وضعناه موضع التنفيذ فورا، هو نفسه كان شكلا من الاقتحام والمغامرة.. لقد قرّرنا أن نلتزم مُدارسة بعض الكتب الفقهية/الاصولية غير الموضوعة للدرس وقتئذٍ في النجف، ككتاب «بُلغة الفقيه» مثلاً ومدارسة بعض الموضوعات الصعبة في الكتاب المعتمد والأهم لدراسة اصول الفقه هناك، كتاب «كفاية الأصول» للأخوند (الملا كاظم الخراساني)، كموضوع «مقدمة الواجب هل هي واجبة»، وموضوع «الأمر بالشيء، هل يقتضي النهي عن ضدّه؟».

لصعوبة في النص كانت الرهبة تسيطر على الطلبة حين تصل بهم الدراسة في كتاب «الكفاية» الى هذين الموضوعين بالاخص، حتى مع حضورهم حلقات الدروس على كبار الاساتذة.. فكيف إذن يقتحمها طالبان وحدهما دون الحضور في حلقات الدروس أي دون معرفة الاساتذة..

لقد اقتحمنا بالفعل، واخترقنا سطوة الرهبة التقليدية.. وكان السيد هاشم معروف، بدأبه العظيم، وبإصراره على طلب الحقيقة بلهفة العاشق، يزيدني ثقة بجدوى الاقتحام، ويزيدني ـ بذلك توْقاً الى متابعة الجهد الطموح

للكشف المعرفي بشجاعة تشبه المغامرة. .

الانسان والباحث اللذان كأنهما السيد هاشم معروف الحسني، بقيا معا ـ متلازمين متكاملين ـ يرهفان رومانسيته الايمانية، ويؤكدان في انسانية الباحث عاشق الحقيقة بصدق. . تقياً هكذا مدة المرحلة الدراسية «في النجف» ثم تقياً بصورة أغنى وابهى، في مرحلته الأخرى، أي مرحلة الممارسة العملية المباشرة لصفته كرجل علم ودين، في الوطن، في جبل عامل من لبنان. . . كنا افترقنا في هذه المرحلة، لكن ظل السيد هاشم معروف حقيقة نامية نضرة بين أنضر ما غرسته النجف في حياتي من حقائق نبيلة لن يصيبها الذبول ابدا. . كنا افترقنا في هذه المرحلة، لكن لم يفارقني الحنين الى أن أعرف كيف تصير علاقة الانسان والباحث بشخصيته الجديدة: كرجل علم ودين!. . ظل الحنين يتجدد ولا ينقطع، حتى رأيت كتبه تصدر تباعا، وقرأت معظمها، واطمأننت. . أقول: اطمأننت، ولا أزيد. . فالاطمئنان هنا عندي يُغني عن الكلام الكثير، لأنه يعني عندي أن جذوة العشق للحقيقة، أي لمقاربة الحقيقة، أي لاقتحام الصعاب اليها، والمغامرة حتى الوصول، هي لا تزال تلك الجذوة التي عَرَفْتُ من قبل، بل تحولت الى لهب يتأجج، الى مصابيح تتوهج. . وكما عرفت السيد هاشم معروف، في النجف، طالبا يبحث عن الحقيقة بعشق هو الصدق، لكن ايضا بمنهجية منضبطة ومنفتحة على كل جهات الحقيقة، هكذا وجدت السيد هاشم ذاته، وأفضل منه، في كل واحد من مؤلفاته الاربعة والعشرون المطبوعة حتى الآن. . وجدته في المؤلفات ذلك الذي يُقبل على البحث بشوق العاشق، وذلك الذي يقتحم الصعاب بعزم المغامر، وذلك الذي لا تعرفه حماسة العاشق ولا عزيمة المقتحم عن الانصياع الى منهجيّته المنضبطة والمنفتحة على كل جهات الحقيقة. .

إذ استقصينا المؤلفات الاربعة والعشرون واستعرضنا الموضوعات التي تعالجها المؤلفات، وجدناها نوعين: نوعا يطرق ابوابا للبحث مطروقة ومألوفة، مثل: «عقيدة الشيعة الاماميّة» و«سيرة المصطفى» «السيرة النبوية»

و«سيرة الأئمة الاثني عشر» و«الحديث والمحدِّثون» و«تاريخ الفقه الجعفري». . ونوعا آخر يدخل في باب الاختصاص التشريعي والحقوقي، أو الفكري والنظري، وهذا باب له طابع البحث الاختصاصي العلمي أو الفكري، ومن هذا النوع كتبه التالية: «المبادىء العامة للفقه الجعفري» و«نظرية العقد في الفقه الجعفري» و«المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري» و«الولاية والشفعة والاجارة في الفقه الاسلامي» و«الوصية والوقف والارث من الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي» و«الشيعة بين الاشاعرة والمعتزلة» و«بين التصوف والتشيع» الخ . . .

لنقرأ ـ اولا ـ في مؤلفات النوع الأول. . هنا نجد السيد هاشم معروف يكتب موضوعه كمن يدخل بابا غير مطروق وغير مألوف. . هنا نجده مقتحماً مقداماً، لأنه واثق أنْ سيضيف جديداً الى الموضوع، أنْ سيقول شيئا يُضفي على المعالجة طابعه هو بالذات. . وهو نفسه يسجّل هذا الموقف الاقتحامي في عنوان كتابه «سيرة المصطفى» حين يضع تحت العنوان بحرف كبير: «نظرة جديدة». . وتسأل أنت: ما عساه يكتب جديداً أو ينظر نظرة جديدة في سيرة النبي. . وأنت تبحث في الكتاب نفسه عن النظرة الجديدة. . وتجدها. . لكن، لن تجدها في اسلوب الكتابة أو أسلوب التأليف. . فلا جديد هنا. . إنما هي تفاجئك مذ تبدأ القراءة. . تفاجئك كامنة في تلك المنهجية ذاتها التي عرفناها قبل. . أعني المنهجية المنضبطة والمنفتحة على كل جهات الحقيقة. . لنقرأ من بداية الكتاب. . فهنا «تمهيد» يفتتحه السيد هاشم بهذا الكلام: «يحاول فريق من الكتّاب، القدامى والمحدثين، أن يصوّروا العرب قبل الاسلام وكأنه بناء أصيبَ بزلزال شديد زعزعه من أساسه، فإذا كل شيء فيه غير قائم في محله، وأصبح الذئب راعيا والجائر قاضيا، والمجرم سعيدا، والصالح محروما، والعادات تتحكم في مصيرهم وتجرُّهم الى الفناء والدمار. . قد تمادى انسان ذلك العصر في الفجور والطغيان ـ على حد زعمهم ـ الى الاستهتار بالقيم ومحاربة الفضيلة، وتعاطى استعمال الربا الى حدود الاغتصاب والسلب، واستحوذ عليه الطمع الجامح والجشع والنهم

وبلغت بـه القسـوة الى حـدود وأْد البنـات وقتــل الأولاد. . ومضى هؤلاء في تجريد العرب من جميع القيم حتى من إنسانيتهم، فقالوا: لقد تبـاهى العربي بـالشجاعـة والجود والانفـة، وافتخر على سـواه من أبناء الأمم الـواقعـة على حدود منطقته، وبرزت هذه الصفات في حياة الانسان العـربي، ولكن بعد أن أساء استعمالها في المحل المنـاسب، عادت وبـالاً عليه، فتحـولت شجاعتـه الى الفتك بالابرياء، وجـوده الى اسراف وتبـذير، وأنفتـه الى حمية جـاهلية، وذكاؤه الى صراع وايجـاد الوسـائل التي تهيّىء لـه ارتكاب الجـرائم وتوفّـر له إشباع شهواته».

يسترسل السيـد هاشم هكـذا في عرض الصـور البشعة لعـرب ما قبـل الاسلام، كما يتصورها اولئـك الكتّاب حتى يستنفـد معظم مـا كتبوه في هـذا الصدد. . وحنيئذ يقول موقفه من هذا كله: فلنقرأ موقفه:

«. . وفي عقيـدتي أن هؤلاء الـذين حـاولـوا أن يجعلوا من العــرب في جاهليتهم الأولى والثانية لا تشبه إلا الوحوش الضـارية في متـاهات الأحـراش والغـابات، قـد تخطّوا الـواقع في أحكـامهم الى حدود الجـور، وبـالغـوا في تجريحهم الى حدود الغلوّ والاسراف، ذلك لأن الباحث في تاريخهم لا يجـد اكثـر من بعض الفـوارق بينهم، وبين غيـرهـم من الأمم كـالفـرس والـرومــان وغيـرهما». . وهنـا ينسب السيـد تلك الفـوارق القليلة الى «طبيعـة الصحـراء القـاسية» من حيث كـونها لا تـوفر لسكـانها اسبـاب الاستقـرار التي تستـدعي التطور الحضاري. . ثم يتجـاوز هذا العـامل الـطبيعي السلبي ليعرض مقـابل ذلك جملة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسيـة والدينيـة التي كانت عوامل ايجابية ساعدت عرب ما قبل الاسلام على الدخول في ظـروف التطور والاستفادة من اشكال التطور الحضاري الشائعة وقتئـذٍ في العالم المحيط بهم والمتعامل معهم. . .

يستـوقفنا هنـا، خلال هـذا النقاش الصـدامي، أمران اثنـان: أولهمـا، تصدي السيد هاشم معروف للرّد على ذلك الموقف الاعتباطي «اللاتـاريخي»

حيال عرب ما قبل الاسلام. . وأهمية المسألة هنا أن التصدي للرّد على هذا الموقف يأتي هذه المرة من موقعه الاسلامي نفسه، لا من موقعه القومي، فالسيد هاشم معروف يردّ هنا كمسلم مؤمن بالاسلام حقاً وصدقاً. وهو من هذا الموقع ذاته يتصدى لدفع تلك الخدعة الشائعة عن تاريخ العرب وتاريخ الاسلام كليهما. . فإن عرب ما قبل الاسلام هم انفسهم عرب الاسلام، وتاريخ هؤلاء هو الجزء الاساس من تاريخ الاسلام. .

أما ثاني الأمرين، فهو ان موقف السيد هاشم معروف هنا، يَنهض على قاعدة صلبة راسخة تستمد صلابتها ورسوخها من كونها منطلقاً صحيحاً للتوجه نحو البحث العلمي. . . في هذا «التمهيد» لكتاب «سيرة المصطفى» يبرز السيد هاشم باحثاً يملك الاداة المعرفية والفهم العلمي للبحث بمنهجية واقعية، ويأخذ بهذه المنهجية بالفعل، ويرفض الأخذ بالأوهام والتصورات الذاتية في قراءة التاريخ. . . نجد هذه المنهجية الواقعية متبلورة بصفاء حين هو يأخذ، على مدى عشر صفحات من هذا «التمهيد» في تحليل الواقع التاريخي لحياة العرب قبل الاسلام تحليلاً نقرأ خلاله مختلف الظروف والعوامل والعناصر والجوانب التاريخية المكونة لذلك الواقع بعلاقاته الداخلية والخارجية، وبشروط وجوده التاريخي. .

يستوقفنا السيد هاشم معروف مرة ثانية قبل أن نَصِل الى العالم الداخلي لكتابه «سيرة المصطفى». . . يستوقفنا «بالمقدمة» التي سبقت «التمهيد». . وهي ليست مقدمة بالمعنى التقليدي المألوف. . إنها الى الابتهال أو المناجاة أقرب. . إنها تنويع ايماني إسلامي، ومنهجي واقعي في آن. . هنا أيضاً موقف اقتحامي جديد، أو مواقف اقتحامية عدّة في مساحة تقلُّ عن ثلاث صفحات. . والافضل لنا أن نُنصت اليه يناجي النبي المصطفى بهذا الصوت المضمَّخ بتراب الارض. .

«ليست سيرتُك يا رسول الله، إلا قصة إنسان قد اتّسع قلبه لآلام البشر ومشكلاتهم، فناضل وجاهد، ووقف بحزم وثبات وقوة، في وجه القوى

الغاشمة المفترسة، من أجل الإخاء بين الناس، ومن أجل العـدالة والحـرية، ومن أجل المحبة والرحمة ومن أجل مستقبل أفضل لجميع الناس بلا استثناء: الذين يؤمنون بك بنبوّتك ورسالتك، والذين لا يؤمنون بهما على السواء».

«إن المـلايين من المسلمين لا يعـرفـون عن سيـرتـك ورسـالتـك التي تشـدّهم الى الارض وخيراتهـا في آن واحد.. إنهم لا يعـرفـون عنهـا إلا مـا ألصق بهـا من القشور والخـوارق والاساطيـر.. وهـم إذ يعـظمـونـك ويصلّون عليك ويسلّمون، يفعلون ذلك من تقليد موروث بكلمات تـدور على ألسنتهم في كل يوم مئات المرّات، ويحسبون أنهم عظّموك وقدّسوك إذا صلّوا وسلّموا عليـك حتى ولو انحـرفوا مـع اطمـاعهم وشهـواتهم عن تعـاليمـك وسيـرتـك ورسالتك التي تحدد الاسلام بالعمل لا بالقول وحده، وبالواقع لا بـالشعارات الجوفاء، وبالتعاون مع الآخرين والعمـل المخلص لخير النـاس لا بالاستئثـار واستغلال الانسان لأخيه الانسان».

«لقـد اتخذوا من سيـرتك قصـة يُتلونها يـوم ميلادك ومبعثـك صاغـوهـا بكلمـات ونعوت جـوفاء تمتلىء بهـا حناجـر أولئك الـذين يتاجـرون بميـلادك ومبعثك ومعراجك لأغراض لا تمتّ الى الدين بصلة من الصلات، وانصـرفوا عن واقعها وجوهرها ومـا فيها من دروس وعـظات.. كما انصـرفوا عن اوامـر قرآنك ونواهيه ومضامينه وما فيه من دعوة للجهاد والكفاح والصبر والتضحيـات في سبيـل الحق، والتمسك بمكـارم الاخلاق.. لقـد انصـرفـوا عن ذلـك أو أكثـر.. الى التغنّي بـه في الإذاعـات من شـرق الارض وغـربهـا، وحتى من إذاعة اسرائيل وصوت بريطانيا وغيرها ممن يحاربـون رسالتـك وقرآنـك لأنهما يشكلان خطراً على وجودهم واطماعهم ومصالحهم».

«لقد ضحيت كثيرا في سبيل الله وخير الانسـان، وتحمّلت ما لا يـطيقه احد من الناس، لتضع حداً للجشـع والاستغلال والعنصـرية، واستـطعت بعد جهاد طويل ومرير أن تسيطر على تلك الأوضاع الفاسدة التي كان يعـاني منها انسان ذلك العصر، ووضعت الحلول لكل مـا يعترض البشـرية من صعـاب،

ويعرقل مسيرتها نحو مستقبل أفضل يضمن لكل انسان عزّته وكرامته وسعادته في الدّارين (. . .) ونهيت الى الركون والاطمئنان الى الظالمين».

ذلك نموذج للنهج الاقتحامي الذي سلكه السيد هاشم معروف حتى في النوع الأول من مؤلفاته، أي نوع المؤلفات التي تكتب في موضوعات كثرت الكتابة فيها إلى حد الاشباع.. فكيف، إذن، سيكون نهجه الاقتحامي في النوع الثاني من مؤلفاته، أي نوع المؤلفات ذات الطابع التخصصي في العلم والمعرفة؟

نأخذ أولاً ـ من هذه المؤلفات كتاب «المبادىء العامة للفقه الجعفري».

الجانب الاستعراضي التاريخي لا يعنينا هنا من أمر الكتاب. وحده المنهج يعنينا، منهج البحث، والموقف الصدامي الاقتحامي الذي يتواصل مع المنهج.. ونحن نبدأ نرى هذا الوجه من الكتاب، منذ يبدأ المؤلف يعرض لمحة عن الوضع السياسي في عصر الامامين: محمد الباقر وجعفر الصادق.. خلال عرضه هذه اللمحة يلحظ أن المستشرق نيكلسون حين يضع فرقاً بين ثورة الخوارج الشهيرة وبين ثورة الموالي، يضع هذا الفرق على أساس أن الشيعة والخوارج لديهم حجّة تمنع الامويين من استخدام السّيف في وجههم، وهي المحافظة على القانون والنظام أو الاسلام.. أما الموالي فليس لهم هذا الحق. لذا هم (أي الموالي) لا يملكون حجة تمنع الأمويين من استخدام السيف...

يتصدى السيد هاشم هنا لهذا النحو من التفريق، بالنقد والرد، لأنه يرى فيه خطأ، ويرى مصدر الخطأ جهلا بالنظام الذي فرضه الاسلام وأوجب على الحكام تطبيقه.. يعني بذلك «إن الاسلام لم يفرق بين لون ولون، ولا بين عنصر وعنصر، ولا بين السادة والعبيد، من حيث القانون والنظام العام، أو المبادىء الاسلامية، إلا في بعض الحقوق الخاصة بين الأسياد والعبيد. أما القانون أو الاسلام الذي كان الأمويون يستهترون بهما، فمن حق كل مواطن أن يحافظ عليهما ويرعاهما، لأنهما للجميع من غير فرق بين عنصر

وعنصر. . . والحجة التي يملكها الخوارج والشيعة في وجه الأمويين يملكها الموالي ايضا».

هذا إذن موقف يتصل بالمنهج ويتواصل معه، فهو هنا يضع اساسا للدفاع عن المبادىء الثوابت للشريعة، وللدفاع ـ في الوقت نفسه، ضمناً ـ عن حقوق الانسان التي هي المرجع والمصدر لتلك المبادىء الثوابت للشريعة. . وعلى هذا الاساس ذاته يأخذ الكتاب شرائح من الوضع السياسي في دولة الامويين ومن الظاهرات الاجتماعية، السلبية التي كان ينتجها هذا الوضع الساسي، والتي يقول السيد هاشم انه «كان لها أسوأ الآثر في نفوس الملايين من أبناء الشعب الذي كان الحكام يمتصّون دماءهم إذا نفذت اموالهم، وما ذلك إلا لإشباع شهواتهم». ثم يقول السيد: «وإذا اضفنا الى ذلك حِرمان الموالي حقوقهم المشروعة المفروضة لهم كمواطنين قد ساواهم الاسلام بغيرهم في الحقوق والواجبات وأضفنا ايضا اضطهاد الذمّيين ومعاملتهم بالعنف والقسوة، مع أن الاسلام قد ضمن لهم كرامتهم وحفظ دماءهم وأعراضهم وأموالهم، ثم اضفنا كذلك انغماسهم (أي الحكام الأمويين) بالشهوات والملذات حتى بلغ بهم الحال أن ينصرفوا عما هو مألوف عند العرب والمسلمين من العادات والتقاليد. . »، يقول: إذا اضفنا كل ذلك، وجدنا هذه الاسباب وغيرها هي الاساس في أن «شاع الاضطراب وعمّت الفوضى وانتشرت الفتن (٠٠٠) واندلعت الثورة في انحاء البلاد شرقا وغربا. . . ».

هنا يدخل السيد هاشم في عملية البحث الجادّ من طريق رَصده الاستقصائي لحركة الفعل ورد الفعل التاريخيين، أي المعبّرين عن حركة الصراع الاجتماعي في السطح وفي العمق. . . بهذه المنهجية الواقعية، ذات النبض التاريخي، يؤسس للبحث الاقتحامي في المبادىء العامة للفقه الاسلامي الجعفري. وحين يصل الى هذه المبادىء ذاتها بالتحديد والتعيين، نجده قد أكمل عملية التأسيس، بحيث أصبحت كل المبادىء العامة هذه

محكومة بالمبدأ الاساس: مصلحة المجتمع... نرى ذلك يتجلى ـ مثلا ـ بمبدأ تحريم الاحتكار... يقول السيد هنا إن الفقه الاسلامي الجعفري قد تعرّض الى كل ما يتصل بحياة الانسان ويضمن له الراحة والسعادة»... ثم يبادر الى وضع اعتراض يتعلق بنظرية الحرية آتياً من الفئات الاجتماعية التي يُضر مبدأ تحريم الاحتكار بمصلحتها، أي فئات التجار الاحتكاريين. والاعتراض هو أن مبدأ تحريم الاحتكار يتنافى مع مبدأ تشريعي آخر يقول بحق كل انسان في حرية التصرف بنفسه وبماله...

السيد هاشم يدفع هذا الاعتراض بأنه «إن كان الاسلام يعلن أن للانسان حُرّيته على نفسه وماله، هو ـ من جهة أخرى ـ يحد من حريته وسلطته على ماله وتصرفاته حين تكون هذه الحرية «مزاحمة لحقوق الآخرين في الحياة»، وهو ـ أي الاسلام ـ ينكر أشد الانكار أن يندفع بعض الافراد بدافع من أنانيتهم وشرههم الى استغلال الغير والاثراء من أقوات الشعب وضروورياته... من أجل ذلك نَهَى الاسلام عن الاحتكار، وحدد موقف التجار من الاسواق».

وانطلاقا من موقف الدقة في البحث، ومن موقف الورع الفقهي، حَرَص السيد على تحديد المفهوم التشريعي الاسلامي للاحتكار.. فإذا هو يحدده على النحو الآتي:... «أن يقوم فرد أو جماعة بشراء نوع من الحاجيات التي هي في معرض الاستهلاك، وبعد شرائها ينتظر في بيعها الربح الفاحش، مما يؤدي الى ايقاع الضرر بالمستهلكين، وعلى الاخص الطبقات الفقيرة».

على أن هناك اختلافاً في الحكم بالاحتكار يرجع الى اختلاف في تقدير نسبة حاجة الناس الى المادة المحبوسة عنهم، ومبلغ تأثير احتكارها على الحالة العامة. قد يكون الاحتكار مكروها وقد يكون كرماً... وفي بعض الحالات يجب انتزاع المادة المحتكرة من مالكها قهراً لسدّ حاجة الناس اليها... أما الحكم بكراهية الاحتكار دون تحريمه، فذلك في حالة

كونه لا يوجب الاضرار بالغير، وكون المادة الاستهلاكية موجودة في السوق، بمعنى انها مبذولة ولا يؤدي إمساكها الى ارتفاع سعرها والاضرار بالمستهلكين. . . يقول السيد هاشم هنا إن فقهاء الشيعة يجمعون انه يجب على الحاكم أن يجبر المحتكر مع الحاجة على عرض الطعام في الاسواق. ومصدر هذا الحكم الاجماعي هو أن الإمام علياً مرّ بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج الى الاسواق. . . وبعض فقهاء الشيعة يرى أن على الحاكم أن يضع سعراً محدداً يتفق مع مصلحة المستهلك والمستورد في مثل هذه الحالات، ولا يكفي مجرد عرض البضاعة في الاسواق، لأن ذلك وحده لا يرفع الضرر عن المستهلكين، بجواز أن يتحكم التجار في الاسواق بما يحقق لهم جشعهم ويضر بالمجموع.

وفي معرض الكلام على مبدأ الزواج من الكتابيات، يعرض السيد هاشم اجتهادات عدة لفقهاء الشيعة في هذا الباب، ثم يستطرد الى قضية الاجتهاد نفسها، فيرى ان الاجتهاد عند الشيعة فسح المجال لكل فرد أن يحكم بما يفهم من النصوص الاسلامية، ولا يتقيّد برأي أحدٍ وفهمه، مهما بلغ من العظمة في العلم، وقد كان الحال على ذلك بين الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب الأربعة (المصدر السابق».

وفي كتابه «نظرية العقد في الفقه الجعفري» يعود السيد الى مسألة الاجتهاد عند الشيعة فيؤكد كلامه السابق، ويضيف اليه ـ أولاً ـ تحديد مفهوم الاجتهاد بأنه بذل الجهد في سبيل تحصيل العلم والظن بالأحكام بطريق التتبع والدراسة واستقصاء الأدلة على نحوٍ يصبح الانسان قادراً على استنباط الاحكام من أدلّتها. . ويضيف ـ ثانياً ـ مسألة وجوب الاجتهاد على كل مسلم يناله التكليف الشرعي، أي أن الوجود هنا وجوب عيني يتوجه الى كل فرد بعينه دون استثناء، لكن تمنع من الوجوب العيني هذا أن تنفيذ، يؤدي الى العسر والحرج للناس، والى اختلال النظام الاجتماعي العام، لأن طلب الاجتهاد يستلزم التفرغ من سائر الأعمال المنتجة وغيرها. . في حين أن

التفرّغ هكذا يعطل حركة العمل والنشاط الاجتماعي، فيقع العسر والحرج ويختلّ نظام الحياة. . . فينتج إذن أن الاجتهاد واجب وجوباً كفائياً أي أن قيام البعض به يكفي في تحقيق الغاية منه، وهي استمرارية حركة التشريع مع استمرارية تجدد الحياة (راجع نظرية العقد. . .).

كتاب «نظرية العقد في الفقه الجعفري» يطرح مسألة أخرى ذات شأن كبير في هذه المرحلة من عصرنا يقف السيد المؤلف منها موقفا اقتحامياً بحق، حين هو يعرضها بطريقته الاستقصائية الواثقة والمتعاطفة مع موضوعها. . . المسألة هنا هي مسألة «العقود المستحدثة». أي عقود التعامل بين الناس في العصر الحاضر خصوصا «التي لا ينطبق عليها أحد العناوين المدونة في كتب الفقه الاسلامي». . إشكالية المسألة تتحدد بوضع السؤال الآتي:

- هل العقود المدونة في كتب الفقه هي المرجع في عصرنا، بحيث يكون كل عقدٍ أو تعامُل باطلاً لمجرد كونه لا ينطبق عليه واحد من العقود أو اشكال التعامل المقررة سابقا في فقه المسلمين الأولين؟

هذه الاشكالية يضعها السيد هاشم معروف مقتحما مجالها بسلاح العلم وسلاح الثقة بالعلم. . يبدأ معالجة الاشكالية بوضع الجانب الآخر من السؤال: هل العقود المقررة سابقا قد أقرّها التشريع الاسلامي: كتاباً وسنة، ودوّنها الفقهاء في مجاميعهم، لا لخصوصيته بها، ولا لأن الطريق الى التعامل والاتجار والتكسب يجب أن لا يتخطاها، بل لأن التعامل بين الناس في الغالب، في عصور التشريع وما بعده، لم يتعدَّ هذه الأنواع من العقود، ولازم ذلك أن الظروف والحضارات التي تختلف باختلاف العصور، إذا اقتضت نوعا آخر للتعامل والاتجار لا يخل بالنظام ولا بالآداب العامة، يكون مصداقاً للعقود التي أقرّها التشريع الاسلامي في الكتاب والسنّة. . .

إن وضع المسألة بهذه الصيغة/السؤال، يضعنا على طريق حل الاشكالية باتجاهه الاقتحامي. . فالسيد المؤلف - بادىء الأمر - يجد المبدأ

العام في القوانين المدنية المعاصرة يقضي بأن جميع الاتفاقات والالتـزامات، مهمـا كان نـوعها وبـأي شكلٍ وجـدت، هي من العقود، وتصبـح نافـذة لدى المتعاقدين، إذا لم تخالف القانون والنظام العام. . ثم يجد السيد هاشم «من المستصعب أن ننتـزع هـذا المبـدأ العـام من الفقـه الاسـلامي» لعـدم وجـود النصـوص والقواعـد العامـة التي تسمح بـإدخـال كـل مـا هـو مستحـدث في النصوص التي أقرّت العقود السابقـة وأقرّت بـالوفـاء بها. . . لكن، بعـد هذه التحفظات في المسألة، نجد السيد هاشم يتجـه الى التيسير، أي الى العمـل بمـا تقتضيـه طبيعـة ظـروفنـا المعـاصـرة، أي الى اثبـات مشـروعيـة العقــود المستحدثة، استنادا الى أن النصوص الاسلامية لم تـرد فيها مـا يقتضي حصر العقود في نوع أو صنف بخصوصه، ولم تعينٍّ نوع العقد والبيع والتجارة، بـل أمَرت بالوفاء بالعقود، وأحلت التجارات، وفرضت على المسلمين أن يلتـزموا بشروطهم والتزاماتهم، من غير أن تتعرض لأنواع تلك العقـود وأصنافهـا، ولا لمـاهية التجـارة وكيفيتها، ولا لشكـل الالتزام ومـوضـوعـه». . هـذا المـوقف الاجتهادي الآخذ بعمومية النصوص كتابا وسنة، يدعمه السيد المؤلف بالتوجه السمح الذي يقول هكذا:

«. . .ومعلوم أن النـاس، قبل عصـر التشريـع، كـانـوا يتعـاملون بينهم بالبيع والشراء، ويتعاقدون بجميع الأنواع الشائعـة في ذلك العصـر وقبله، فلا بـد أن يكون الـذي يجب عليهم الـوفـاء بـه، والبيـع المحـل لهم، والتجـارة المسوِّغة لأكل المال، والالزام الذي يجب تنفيذه، وهو ما يسمّيه النـاس عقداً وبيعاً وتجارةً والتزاماً في عصرهم، وفي جميع العصور، حسب حاجات الزمن ومقتضيات الحياة. . . وكل ما في الأمر أن الحاجة لم تدع في عصر التشريـع وقبله الا لتلك الاصنـاف من العقـود، فـإذا دَعَت في عصـر من العصــور الى صنف من العقـود، كمـا حـدث بـالفعــل في عصـورنــا المتـأخــرة، يكـون المستحدث فردا (مصداقاً) للعقـد الذي يجب الـوفاء بـه بمقتضى نصّ الآية: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾، ثم يلخّص السيد مـوقفه الاجتهـادي في **المسألة قائلاً**:

«. . . وبتعبير أكثر وضوحا، إنه بعد أن فرضنا أن المشرِّع لم يخترع أنواعا وأصولا للتعامل تسمّى بيعاً وعقداً وتجارة. وما دام الأمر متروكا الى العرف، لكل ما تفرضه حاجة المجتمع ويستعمله الناس ويسمّونه عقداً، يكون مشمولا لتلك الأدلة العامة التي جاءت لامضاء ما هو متعارف بين الناس في مقام التعامل والاتجار» (راجع كتاب «نظرية العقد في الفقه الجعفري).

أطلنا الوقوف عند هذه المسألة، لأهمية المسألة بذاتها في زمننا هذا بالاخص، أولا. . . ولأهمية الموقف الاجتهادي الاقتحامي للسيد هاشم معروف من هذه المسألة، ثانيا. . . ولأهمية ما يقدمه السيد هنا من منهجيته المنضبطة والمنفتحة على كل جهات الحقيقة ثالثا. .

والسيد هاشم معروف: انساناً وباحثاً، هو طالب الحقيقة وهو عاشق الحقيقة. . . ولأنه يجمع بين الطالب والعاشق في موضوع واحد، هو الحقيقة، لم يكن محايدا، لأن الحياد يناقض العشق، لأن الحياد نفي للعشق، لأن الحياد نفي للذات. . . نفي للقضية. . أي نفي للحقيقة نفسها. .

لم يكن السيد هاشم معروف، كإنسان وباحث، محايدا، كان منحازا لموضوع عشقه الذي هو موضوع عِلمه. . . كان منحازا لحقيقته التي وضع بتصرّفها كل حالات الانسان والباحث فيه. . . حقيقته هذه اثنان في وحدة. . . وحدة متكاملة وصلبة. . . الاثنان هما: الشيعة والمعرفة. . كل كتبه الأربعة والعشرون المطبوعة: دفاع عن الشيعة، وعطاء سخيٌّ للمعرفة. . هو هكذا، واكثر سطوعا، في كتابيه: «الشيعة بين الاشاعرة والمعتزلة» و«بين التصوّف والتشيُّع». . الأول منهما: دفاع عن استقلالية الشيعة بالنسبة لكل من الاشاعرة والمعتزلة، ردّاً على خطأ شائع يساوي الشيعة بالمعتزلة. . . لكن الْكتاب نفسه دَفق غزير وشهيّ من المعرفة، معرفة الفِرق الاسلامية السياسية وعوامل نشأتها، مع توسع في بحث تاريخ المعتزلة والاشاعرة والمرجئة وسائر

الفِرَق والمذاهب، وبحث آرائها ومعتقداتها، مع بحث مستفيض في مقارنة كل من هذه الآراء والمعتقدات بآراء الشيعة الامامية ومعتقداتها. .

أما كتاب «بين التصوف والتشيع» فهو كذلك: دفاع عن استقلالية الشيعة بالنسبة للمتصوفة وللفكر الصوفي، رداً أيضاً على خطأ شائع بأن التشيع رافد من أوسع الروافد التي انطلق منها التصوف وانتشر في الاوساط الاسلامية. . . لكن الكتاب مع ذلك يشكل مرجعاً غنياً وموفقاً وأميناً لدراسة حركة التصوف في الاسلام والمجتمع العربي ـ الاسلامي خلال العصر الوسيط وما بعده. . وهو كتاب يقدم فيضاً من المعرفة يوفّر حتى للباحثين مادة معرفية في الموضوع معروضة بمنهجية واقعية وبتعميق بحثي مثير.

السيد هاشم معروف: انساناً وباحثاً اسلامياً، هو من عاش فيه كل من الانسان والباحث بورع عظيم. . كان ورع الباحث فيه عظيما بقدر ما كان ورع الانسان فيه عظيماً.

سلام عليك أبداً أيها الصديق الذي مَنَحتني رفقته نعمة الفرحين معا: فرح الصداقة، وفرح المعرفة. . وهذه كتبك تمنحني اليوم فرح اللقاء بك من جديد في زمن لا يزال ـ كعهدك ـ زمن المقاومة زارعة النار والنور في تراب الجنوب لِدحر العدوّين: اسرائيل، واليأس من دحر اسرائيل. . . إنه الفرح الساطع أن نلقاك اليوم من جديد في زمن لا يزال ـ كعهدك ـ زمن انتفاض التراب الجنوبي دفاعا عن شرف الانسان في لبنان، وفي كل مكان.

رفيق الدراسة

نظرية العقد في الفقه الجعفري

يعرض هذا الكتـاب آراء الجعفريين وغيـرهم من مدنيين وشـرعيين في بعض المباحث التي تتصل بـالعقود وتـرتبط بها ويبحث عن المبـادىء العامـة للعقـود وعن عقد البيـع وأركانـه وشروطـه وموارد انحـلالـه وانـواع الخيـارات والشروط وما يتبع ذلك من المبـاحث التي تتصل بهـذه المواضيـع ويقارن في اكثر محتوياته بين آراء الجعفـريين وآراء غيرهم من مـدنيين وشرعيين متحـرياً التوضيح والإختصار ومعتمداً على أوثق المصادر الشرعية وغيرها.

* * *

مقـــدمة

والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين، وعلى جميع الأنبياء والمرسلين.

ان من يستعرض تاريخ الامم والشعوب على اختلافها يجد ان لكل أمة مهما بلغت من الانحطاط والتقهقر أنظمة تختص بها في شؤونها وجميع تصرفاتها، وقوانين تعتمد عليها في حل مشاكلها، ومكافحة الطغيان والفساد، فالعرب الذين نزل القرآن بلغتهم، وأصبحوا حملة لواء الاسلام، ومن خيرة دعاته وناشريه، كانوا أمة أميةً في الغالب ليس لها ما لجيرانها الفرس والروم من علوم وفلسفات وصناعة وغير ذلك مما كان يملكه اولئك الجيران من الوسائل التي تسهل عليهم طرق العيش والهدوء والاستقرار، والمجتمع العربي مع أنه لم يكن في صف جيرانه الفرس والروم من الناحيتين العلمية والاقتصادية، الا انه لم يشذّ عن هذا الاصل الذي لا يمكن بقاء الشخص والنوع والمجتمع بدونه، فالتاريخ يحدثنا ان للعرب في جاهليتهم بعض القوانين والعادات يحكمونها في معاملاتهم وجميع شؤونهم، ويعالجون فيها مشاكلهم، قوانين لم تصدر عن سلطة تشريعية كما هو الحال في القوانين

التي جاءت بها الشرائع والأديان، والقوانين الرومانية وغيرها من القوانين المستحدثة، ولكنها كانت في بدايتها اشبه بالاعراف والتقاليد استفادوا اكثرها من البلاد التي كانوا يعيشون بجوارها ويتصلون بها لمصالح كانت تربطهم بها، ومن هذه البلاد، الشام ونواحيها حيث يطبق فيها القانون الروماني، والعراق، وما يتبعه حيث كان يسوده القانون الفارسي، بالاضافة الى يهود المدينة الذين أخذوا عن التوراة اكثر ما يحتاجون اليه من التشريعات والقوانين.

لقد استفاد العرب في جاهليتهم من التجارب ومن جيرانهم الفرس والرومان في مختلف النواحي التي تعنيهم في معاملاتهم وغيرها، والتي عالجها الاسلام ووضع لها الأصول والقواعد فيما بعد بما جاء به من فقه وتشريعات، فتبلورت تلك العادات والاعراف في أذهانهم واختمرت حتى أصبحت أشبه بالقوانين الصادرة عن سلطة تشريعية يقدسونها وينزلون على حكمها في خصوماتهم وعقودهم وجميع معاملاتهم.

وحينما جاء الاسلام بمبادئه وتشريعاته لم يغير جميع انظمتهم وعاداتهم، ذلك لأن الأديان لم تأت لغرض الانتقام، ولا لقلب الاوضاع والعادات والأعراف، وانما تجيء لتطهير النفوس واعداد الانسان اعداداً يجعله صالحاً للاسهام في بناء مجتمع تسوده العدالة ويسيطر فيه الحق على الباطل والهدى على الضلال والخير على الشر.

اجل لقد جاء الاسلام فواجه العرب قبل جميع الناس بمبادئه وتعاليمه وتشريعه فاقرهم على بعض ما شاع بينهم في معاملاتهم وعقودهم، وعارضهم في بعض المعاملات، كالربا والنجش، وبيع الحصى والمنابذة والملامسة ونحو ذلك مما يؤدي الى الضرر والمنازعات ولا يتصل بصالح البشر ولا بضرورات حياتهم.

وادخل بعض التعديلات على اكثر المعاملات كما يظهر للمتتبع بعد المقارنة بين عقودهم ومعاملاتهم وسائر انظمتهم، وبين العقود التي اقرها

الاسلام بعد ادخال تلك التعديلات عليها بما يضمن لهم مصالحهم ويصون حقوقهم ويهيئهم لبناء مجتمع سليم، وامة صالحة للحياة الكريمة المجيدة.

لقد جاء الاسلام بمبادئه وانظمته والناس في أمسّ الحاجة اليه فشرع لهم العبادات، وبنى احكام الأسرة على أسس متينة تحفظ لهم أنسابهم وتحدّ من سيطرة الشهوات ومن فوضى الزواج الذي شاع بينهم بأشكاله المختلفة، ووضع لهم الأصول والقواعد للميراث والوصية والطلاق وغير ذلك من المواضيع الفقهية، مما نسميه اليوم بالأحوال الشخصية، كما نظر الى صفوف المعاملات والعقود التي اعتادوا على التعامل فيها كالبيع، والاجارة، والصلح، والرهن، والشركة، والمضاربة وغير ذلك من أنواع العقود التي كانوا يتعاطونها، والى العقوبات واحكام الجنايات، والقضاء والى كل ما شاع بينهم، كل ذلك قد نظر اليه الاسلام ووضع له الاصول والقواعد التي تضمن له البقاء والدوام، ولم ينتقل الرسول الى الرفيق الأعلى حتى استكمل الفقه أهم أصوله التي قام عليها، ولم يبقَ على العلماء والفقهاء من بعده إلاّ الرجوع الى ما تمَّ في حياته، واستلهام ما أوحى الله سبحانه وتعالى اليه من كتاب وسنّة، ثم التفريع والتطبيق حسبما تدعو اليه الحاجة في كل زمان ومكان.

وهنا يجدر بنا ان نشير الى ان ما نزل من القرآن الكريم بمكة لم يشتمل إلاّ على بضع آيات في التشريع، إذ كانت الدعوة الى الله وتوحيده، ونبذ ما كان عليه الناس من عبادة الأصنام، واقامة البراهين على الدار الآخرة، من المقاصد الأولى التي يتركز عليها الاسلام، اما التشريع الفقهي والانظمة التي لا بد منها لتنظيم حياتهم وتحديد علاقة بعضهم ببعض فقد دعت الحاجة اليها بعد ان استقر الرسول في المدينة، واتجه لتنظيم حياة المسلمين ومعاملاتهم، وبناء دولة تشرف على تنفيذ تلك المبادىء والتشريعات فكانت المدينة موطن التشريع العام، وبها أنزل الله في كتابه اكثر آيات الاحكام على التدريج حسبما تدعو اليه الحاجة، وبعد التتبع

والاستقصاء نجد من آياته ما كان ينـزل اجابـة عن اسئلة كان بعض المسلمين يوجهها الى الرسول (ص) عندما يحسون الحاجة لذلـك، ومنها مـا كان ينـزل ابتداءً وبلا سؤال من احد، وعلامة ذلك الآيات المصدرة بكلمة يسألونك، او يستفتونك، تلك الآيات التي تبلغ نحو من خمس عشرة آية.

ومهما كان الحال فقد استمد المسلمون فقههم من كتاب الله وسنة نبيـه في المرحلة الأولى من مراحل التشريع ومعلوم ان القرآن حتى في المـواضيع التي تعـرض لأحكامهـا لم يتعرض لهـا إلاَّ بصورة إجمـاليـة، وتـرك للرسـول تفصيـل هذا الاجمـال، وتحديـد القواعـد والاصول التي وضعهـا في مختلف العناوين، فكان يقـوم بدور الشـارح المبين لما اجمله القـرآن، بالاضـافة الى كثيـر من احكام الحـوادث التي تلقي أحكامهـا عن طـريق الـوحي مبـاشـرة، واصبحت بذلك اقوال الرسول وأفعاله متممة للتشريع، ومرجعاً للمسلمين في أمور دينهم بعد كتاب الله الكريم.

ومن الثابت عند جميـع المسلمين ان علياً (ع) كـان من أحرص النـاس على حفظ ذلك التراث الضخم، ومن اكثر المسلمين وعياً لأنظمته وقـواعده، وضبطاً لأصوله ومبادئه، وتؤكد النصوص التاريخية أن هذه الـظاهرة فيـه كانت بارزة في عصر الرسول (ص) وان النبي (ص) قد اثنى عليه ابلغ الثنـاء وسماه بـاب مدينـة العلم، وعلَّمه ألف بـاب من العلم، وفتح لـه في كـل بـاب الف باب.

وكما كان في زمن الرسول (ص) كان في عهد الصحابة المـرجع الأول في الافتاء والقضاء، ومن علمه استفاد اكثر الصحابـة والتابعين، ومن مـدرسته تخرج عشرات الفقهاء والمحدثين، وتـرك في الكوفـة خلال اقـامته فيهـا علماً كثيراً قد انتشر بين فقهائها وسكانها شطراً طويلاً من الزمن، ولولا ان الأمـويين الذين تعاقبـوا الحكم من بعده قـد بذلـوا أقصى ما لـديهم من جهد وسخـروا قسمـاً كبيراً من امكـانياتهم للقضـاء على آثاره، وتـوجيـه الأنـظار الى سـواه، بالقتل والحبس وتشريد اتباعه وشيعته، واباحة الأغراض والأمـوال، لولا هـذا

الموقف العدائي من علي وشيعته، ومن رواة آثاره وحملة علمه لكان الفقه الاسلامي في جميع العصور يستمد اصالته وقوته من تلك الآثار التي خلفها علي (ع) وآله الأئمة الهداة (ع) ولما حدثت تلك الفجوة العميقة بسبب تعدد المذاهب واختلاف الآرء في أصول الاسلام وفروعه[1].

لقد استطاع الحكام ان يصرفوا الجماهير عن فقه علي وآثاره بالمال والسلاح، وان يضعوا الحواجز والسدود بين الجماهير وبين آثار أهل البيت من جماجم الأبرياء والصلحاء، وان يرفعوا فريقاً من العلماء على رؤوس الناس، ويفرضوا عليهم آرائهم بحد السيوف، لقد استطاعوا ان يضعوا كل شيء، ولكنهم لم يستطيعوا بكل ما لديهم من قوة القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها علي (ع) عن رسول الله (ص) والتي انتقلت بكاملها الى اولاده واحفاده من بعده، وبواسطتهم قد انتشرت بين الملايين من المسلمين بعد ان تعرضت الدولة الجائرة العاتية للانهيار وثم للامامين العظيمين الباقر والصادق (ع) تأسيس مدرستها التي تخرج منها آلاف العلماء والفقهاء والمحدثين من مختلف العواصم والبلاد ومن اجل ذلك نسب فقه أهل البيت الى الامام جعفر الصادق (ع)، في حين أنه ليس لهذا الامام العظيم فقه يختص به ولا علم ورثه عن آبائه دون سواه ويتأكد ذلك عندما نرجع الى آرائه حول هذا الموضوع، فقد روى جماعة من الثقات عنه انه قال: حديثي حديث ابي، وحديث أبي حديث جدي، وحديث جدي حديث رسول الله، وحديث رسول الله هو قول الله. وورد عنه انه قال: إنا إذا حدثنا لا نحدِّث إلاَّ بحكم الله، ولا نقول إلاَّ ما يوافق كتاب الله، فاذا وجدتم حديثنا فاعرضوه على القرآن، فاذا خالفه فاطرحوه.

ومن ذلك تبين ان الفقه الشيعي المنسوب الى الامام جعفر الصادق (ع) هو فقه الرسول وعلي والأئمة من ولده، وانه انما نسب اليه، لانه انتشر من

---

(١) انظر كتابنا المبادىءالعامة للفقه الجعفري في الفصول التي وضعناها لمعالجة هذا الموضوع.

مدرسته بعد الركود الذي خيَّم عليه طوال حكم الأمويين، واستطاع الامام الصادق (ع) في ربع قرن من الزمن ان يملأ البلاد والعواصم الاسلامية بتلاميذه الذين حملوا فقهه وحديثه الى الناس. وقد جاء عن ابان بن تغلب أحد تلاميذه وتلاميذ أبيه الباقر (ع): أنه روى عن الباقر ثمانية عشر الف حديثاً، وروى عن الامام الصادق ثلاثين الف حديثاً، كما روى عنه محمد بن مسلم، وزارة بن أعين، وأبو بصير، وجابر الجعفي، وغيرهم آلاف الأحاديث في الفقه وأصول الاسلام والاخلاق وغير ذلك من المواضيع الاسلامية التي كانت تعالجها مدرسته، وقد بحثنا هذه المواضيع بحثاً مفصلاً في كتابنا: المبادىء العامة للفقه الجعفري وأثبتنا بالأرقام ان فقه أهل البيت كان أكثر انتشاراً وشيوعاً في تلك الفترة من فقه غيرهم، بالرغم من أن الحكام العباسيين كان موقفهم من الشيعة وأئمتهم أسوأ من موقف أسلافهم الأمويين، فلقد حاولوا بشتى الوسائل القضاء على تلك الثروة الواسعة التي ورثها جعفر بن محمد (ع) عن آبائه عن الرسول (ص)، وتوجيه الجماهير الى غيره من فقهاء ذلك العصر، وبخاصة الامام مالك، الذي أصبح في الشطر الأخير من حياته من أقرب الناس اليهم، ولولاهم لم ينتشر فقهه بتلك السرعة في أنحاء البلاد. ولكن العباسيين لم يفلحوا في القضاء على تلك الثروة التي تستمد قوتها وأصالتها من كتاب الله وسنة نبيه الكريم، والتي اتسعت لجميع أبواب الفقه وفصوله، ومختلف العلوم الاسلامية.

لقد استدل الأئمة بالآيات الكريمة في تشريعاتهم، وباقوال الرسول وأفعاله، ووضعوا القواعد والمبادىء العامة للتشريع، ومن تلك المبادىء، وجد الفقهاء منفساً لهم في التعرف على الحلول الكافية لمشاكل الحياة وأحكام الحوادث المتجددة على مرور الزمن، وأغنتهم عن القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وآراء الصحابة، وغير ذلك من الاصول التي اعتمد عليها فقهاء المذاهب في تشريع الاحكام ولو تيسر للفقه الجعفري الخروج من عزلته، وابرازه بثوب يسهل للباحثين الاطلاع عليه ونشر المؤلفات

الفقهية بالاساليب الحديثة بنحو تصبح دراستها أمراً ميسوراً لكل من يحارب التعرف على فقه الشيعة وآراء علمائهم في مختلف مسائله، لو تيسر للفقه الجعفري هذا الأمر، لكنا قد أخرجناه من عزلته، وأظهرناه الى العالم بواقعه، وأحيينا جانباً من جوانب ثقافتنا العالمية الخالدة التي تساير الحياة وتعيش معها جنباً الى جنب.

لقد ظل الفقه الجعفري طيلة القرون الماضية في عزلة عن العالم بالرغم من سعته، ووجود المؤلفات الضخمة الواسعة فيه، ووجود آلاف العلماء في كل عصر منذ العصور الأولى للتشريع، وبالرغم من فتح باب الاجتهاد وعدم التحجير على الافكار، الذي يساعد على الانطلاق وكثرة الانتاج والتحرر من تقليد الماضين، وهذا ما يشاهده الباحث المنصف بالفعل عندما يقارب بين الفقه الشيعي وغيره، فيجد الشيعة منذ أقدم عصورهم لا سيما بعد ان اتسعت دائرة الاجتهاد عندهم، أكثر انتاجاً، وأوسع تفكيراً، وأقرب في أحكامهم الى كتاب الله وسنة نبيه (ص)، بينما يجد الجمود والركود قد سيطر على فقهاء المذاهب الأخرى، وأصبح لفقههم طابعاً خاصاً قد اتسم به وهو طابع التقليد الأعمى، والتبعية لآراء السابقين وفتاويهم، ولذا فان عمل الفقهاء المنتسبين الى المذاهب الأربعة مقصور على الشروح، وتأليف الكتب الجامعة لآراء أئمة المذاهب وتلاميذهم.

ومع أن لفقه المذاهب الأربعة هذا الطابع المستهجن عند الباحثين والمفكرين نجدهم يعتمدون عليه في الغالب ويتجاهلون الفقه الجعفري، وقد استعانوا به على وضع بعض القوانين المتعلقة بالعقود واستمدوا منه بعض النظريات والافكار، ويمكن تعليل ذلك بأن الشيعة ظلوا منكمشين على أنفسهم منذ أقدم العصور، ولم يجدوا من الحكام في جميع الأدوار التي مروا بها ما يشجعهم على نشر آثارهم والدعاية لها، بل وجدوا تصلباً ضدهم في جميع الشؤون التي تخصهم، لذلك فان آثارهم لم تتجاوز أوساطهم.

على أن أعداد المؤلفات الشيعية الفقهية بالشكل التي هي عليه جعل

من الصعب على الباحثين من العرب والمستشـرقين الاطلاع عليهـا والاستفادة منها، هذا بالاضافة الى ان الشيعة قـد احيطوا بمجمـوعة من الافتـراء وضعها اعدائهم بقصد التشويش عليهم، فأصبحوا بنظر الأجـانب عن الاسلام كبعض الفرق المنقرضة التي لا تعكس وجه الاسلام الصحيح في تفكيـرها وتشـريعها وجميع آثارها.

ومجمل القول أن فقه المذاهب الأربعة بالرغم من أنه بقي جامداً طوال القرون العشرة التي مرت عليه، وانحصرت مهمة العلماء طوال هذه المدة في شرح آراء أئمة المذاهب ودراستها، دون أن يعنوا بتطويره وتنميته، بـالغرم من كل ذلك فقد استطاع السنة أن يخرجوا فقههم الى العالم ويسـاهموا في عقـد المؤتمـرات العالميـة التي اعترفت بـأن التشريـع الاسـلامي يصلح لأن يكـون اساساً للتشريع، وعلى الأقـل أن يكون مصـدراً من مصادره قـائماً بـذاته منـذ أقدم عصوره.

قال الدكتور عبد الـرزاق السنهوري: أن الشـريعة الاسـلامية لـو وطئت اكنـافها، وعبـدت سبلهـا لكـان لنـا من هـذا التـراث الجليـل مـا ينفـح روح الاستقلال في فقهنا وقضائنا وتشـريعنا، ثم لاشـرفنا نـطالع العـالم بهذا النـور الجديد فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون.

ولم يقف الاستـاذ الكبير السنهـوري عند حـدود الدعـوة الى الافادة من التشـريع الاسـلامي والاعتماد عليـه كمصـدر من مصـادر التقنينـات العـالميـة الجديدة، بل تجاوز هذه الناحية ودعا إلى عدم التقيد بالمذاهب الأربعـة التي فرضتها السياسة على جميع الناس منـذ الف عام تقـريباً، مـا دامت المذاهب الأخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بهما الى أبعد الحدود.

قال في كتابه الوسيط شرح القانون المدني الجديد، وفي رأينا انه حيث ينبغي الرجوع الى الفقه الاسلامي في كتبه المعتمده، سواء كان هذا الفقه هو المصـدر الرسمي الـذي تستمد منـه الأحكام، ام كـان هو المصـدر التاريخي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعية، يجب أن يراعى أمـران جوهـريان،

الأول هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي، فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع اليها، والأخذ منها، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، بل ولا التقيد بالمذهب الحنفي في جملته، ولعلنا نذهب الى مدى أبعد فنقول انه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة هناك مذاهب أخرى كمذهب الامامية والزيدية يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد[1].

ومع أن الدكتور السنهوري يرى من الواجب عدم التقيد بالمذاهب الأربعة وان المذهب الامامي يمكن الانتفاع به الى حد بعيد في التقنينات العالمية الجديدة، وان عدم التقيد بمذهب معين يساعد على تجانس التقنين المَدني وانسجامه على حد تعبير السنهوري في كتابه الوسيط[2]، مع أنه يرى ذلك ويدعو الى الأخذ بالمذهب الامامي والعمل عليه فهو في كتبه التي يقارن فيها بين التشريع الاسلامي، والتشريع المدني، يتجاهل الفقه الجعفري في الغالب، وخاصته في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي، مع العلم بأن المجاميع الفقهية الشيعية لا تخلو منها مكتبة من المكاتب المنتشرة في البلاد الاسلامية وغيرها، ولقد حاولت في الصفحات السابقة أن أقف على أسباب هذا التجاهل، وذكرت لذلك سببين أو ثلاثة ولكن الأسباب الثلاثة بمجموعها لا ترفع المسؤولية عن المؤلفين الأعلام أمثال السنهوري الذين يرون التقيد بمذهب معين من بين المذاهب الكثيرة اساءةً الى العلم، وتنكراً للحقيقة، لا سيما والمجاميع الفقهية في متناول الجميع ولا أحسب أن في دراستها مشقة على هذه الفئة من المشرعين الاعلام، ولو تتبعوها بحثاً ودراسة لوجدوا فيها ما يؤكد لهم بأن التشريع الجعفري قد سبق الفقه المدني في كثير من نظرياته الحديثة التي انتهت اليها التقنينات العالمية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بعد المرحلة الطويلة والتطورات الكثيرة التي مرت بها.

---

(١) انظر الوسيط ص ٤٩.
(٢) انظر نفس الصفحات الوسيط للسنهوري.

إن على المؤلفين في هـذه المـواضيـع، والـذين يـدعـون الى عقـد المؤتمرات مقارنة بين التشريع الاسلامي والقـوانين الوضعيـة الاجنبية وغيـرها أن لا يتقيـدوا بمذهب معين من المـذاهب الاسلاميـة، وأن يرجعـوا الى فقـه الشيعة، ذلك الفقه الذي يستمد قوته وأحالته من كتاب الله وسنـة نبيه الكـريم ومن العقل، ولا يعتمد في أصوله وقواعده على غير هذه الأصول الثلاثـة، أما القياس والاستحسان والمصالح المرسلة وغير ذلـك من الاصول التي ليس في النصـوص الشرعيـة ما يـدل على أنها من أصـول التشريـع، هذه الاصـول لا يعتمد عليها الجعفريون في تشـريعاتهم، ولا يـرجعون اليهـا في مقام التفـريع واستنباط الأحكام.

وسيجـد القراء الكـرام في هذا الكتـاب نماذج من فقـه الجعفـريين في العقـود وغيـرهـا، حـاولت فيهـا أن أعـرض أشهـر الآراء بينهم في مختلف المواضيع، ولـم أتعـرض لغير المشهـور من الآراء في الغالب إلاَّ لإبـراز الفكر الشيعي المتحرر من الجمود والتبعية على واقعه.

وقـارنت بين آراء الجعفـريين وغيـرهـم من شـرعيين ومـدنيين في أكثـر المواضيع التي اشتمل عليها هذا الكتاب، وقد تحريت جهـدي لابرازهـا على واقعها معتمداً على أوثق المصادر الشرعية وغيرها.

ومنـه سبحانـه استمد العـون والتوفيق، وان يجعـل عملي هذا خـالصـاً لوجهه الكريم إنه قريب مجيب.

* * *

بحوث تمهيدية

الاجتهاد عن الشيعة (أ)

لا يختلف الحال بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي للاجتهاد من حيث المأخذ، فهو بمعناه اللغوي منتزع من بذل الجهد ومن استعمال الانسان لجميع امكانياته وطاقاته للتوصل الى اغراضه واهدافه على اختلاف انواعها. وبديهي أن هذا المعنى لا يصدق بالنسبة الى الأمور اليسيرة كنقل الكتاب من مكان لآخر ونحو ذلك من الأفعال التي لا تكلف فاعلها شيئاً.

هذا المعنى اللغوي للاجتهاد يتفق مع المعاني الاصطلاحية له عند الفقهاء والأصوليين فسواء فسرناه بالمعنى الحدثي الذي هو عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن بالحكم الشرعي، أو بذل الفقيه طاقته وامكانياته لمعرفة الحكم، أم فسرناه بالملكة التي تحصل بعد الدراسة والممارسة، والتي بها يستطيع الانسان تحصيل الأحكام عن ادلتها

(١) كما نص على ذلك كل من العلامة الحلي والحاجبي ابن الحاجب هو عثمان بن عمر بن أبي بكر المالكي صاحب الكافية ومختصر الأصول توفي سنة ٦٤٦ هجرية.

الى غير ذلك من التحديدات المدونة في كتب الأصوليين، فهو بجميع معانيه لا بد فيه من بذل الجهد والتتبع والاستقصاء الكامل، وبخاصة لو فسرناه بالملكة بما هي صفة قائمة بالنفس، فان الملكة لا يمكن ان تحصل الا بعد الممارسة والدراسة وتتبع الأدلة وبذل جميع الإمكانيات في سبيل معرفة الأحكام.

ومهما كان الحال فسواء فسرنا الاجتهاد بالمعنى الحدثي الذي هو عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع في سبيل تحصيل الظن او العلم بالأحكام، أم فسرناه بالملكة التي تحصل من التتبع والدراسة واستقصاء الأدلة، بنحو يصبح الانسان قادراً على استنباط الاحكام من اولتها، فأي المعنيين أريد منه فهو مفروض على المكلفين من باب المقدمة لامتثال الأحكام، ولولا العسر والحرج واختلال النظام، لكان من الواجبات العينية الموجهة الى كل مكلف بعينه، ذلك لأن الأحكام موجهة الى الجميع، ولا بد من امتثالها بحكم العقل تهرباً من الضرر المترتب على العصيان، بالاضافة الى النصوص الآمرة باطاعة الله ورسوله، ولا يمكن الامتثال الا بعد العلم بالأحكام، أو الظن بها، والطريق الى معرفتها بعد انسداد باب العلم ينحصر بالرجوع الى الكتاب والسنة وغيرهما من ادلة التشريع، وهذه الأدلة حتى ما كان منها قطعي الصدور لا تفيد اكثر من الظن في الغالب، ومما لا شك فيه أن الظنون التي تحصل للمجتهد من تلك الأدلة اقرب من غيرها الى الواقع بالنسبة اليه، وفي هذه الحالة لا يطمئن ببراءة ذمته فيما لو اعتمد على غيرها من الظنون التي تحصل من الرجوع الى غيره، فيحكم العقل بوجوب الاجتهاد مقدمة لامتثال الاحكام المطلوبة كافة. ولكن الوجوب العيني لما كان مستلزماً للعسر والحرج وموجباً للاخلال بالنظام، لم يكن بد من الاكتفاء بوجوبه الكفائي، هذا بالاضافة الى النصوص الكثيرة التي تدل على جواز التقليد، وان غير العالم عليه ان يراجع المجتمع في امور دينه[1].

(١) انظر هداية المسترشدين في شرح المعالم للمرزا محمد تقي مبحث الأجتهاد والتقليد.

وعلى كل حال فقد استدل اكثر الفقهاء على فتح باب الاجتهاد بالامور التالية:

* **الأول**: ان العلم بالأحكام متعسر بالنسبة الى جميع المكلفين، وإذا انسد باب العلم بالأحكام مع القطع ببقاء التكاليف تعين الرجوع الى الظن والأخذ بالظنون التي دلت على حجيتها الأدلة من الكتاب والسنة وغيرهما، وليس المعني بالاجتهاد إلّا الرجوع الى الأدلة لتحصيل الظن بالأحكام.

* **الثاني**: الاجماع الذي نص عليه جماعة من العلماء، قال المرزا محمد تقي في هداية المسترشدين: وهو معلوم من ملاحظة الطريقة الجارية المستمرة في سائر الأعصار والأمصار بين الشيعة، وملاحظة كتب الفتاوي والاستدلال كافية في العلم به[1].

* **الثالث**: النصوص الصحيحة التي تشير الى وجوب الاجتهاد، فقد روى زرارة وأبو بصير وغيرهما عن الامامين الباقر والصادق (ع) انهما قالا لجماعة من أصحابهما:

«ان علينا القاء الأصول وعليكم التفريع» ومعلوم أن تطبيق الأصول العامة والقواعد الكلية على الجزئيات انما يكون في الغالب من جهة ظهورها في تلك الأفراد، والظهور، لا ينتج في الغالب إلّا الظن بالأحكام.

على أن الافهام والأنظار تتفاوت في أصل الظهور ومقدار سعته، وقد يتوقف اثبات الدلالة على بعض اللوازم، وبعض المقدمات والملابسات التي تحيط بذلك الأصل العام، فلا بد من الاجتهاد في مقام تطبيق تلك الأصول على جزئياتها وفروعها.

ومن ذلك تبين أن الأئمة (ع) هم الذين فتحوا باب الاجتهاد لتلامذتهم، وفسحوا لهم المجال في الاعتماد على الظنون الحاصلة من ظواهر الكتاب والسنّة، ومن تطبيق الأصول والقواعد العامة على الجزئيات والفروع.

---

(١) نفس المصدر.

المراحل التي مر بها الاجتهاد:

من الحقائق الثابتة أن الاجتهاد قد ابتدأ محدوداً ضيقاً واتسع على مرور الزمن بتطور الحياة وتجدد الحوادث واتساع الأفكار، فبعد انتهاء التشريع بوفاة الرسول (ص) احس المسلمون في المدينة بأنهم هم المسؤولون عن تبليغ الأحكام وتطبيق الكليات على جزئياتها .واعطاء الحوادث التي أطلت معالمها عليهم الأحكام التي تناسبها، تلك الحوادث التي كان الكثير منها لا يشبه ما مضى من الحوادث التي أخذ الناس احكامها من الرسول (ص) فرجعوا الى الكتاب والسنّة وبدون شك أن آيات الأحكام ونصوص الرسول الواردة في مقام التشريع بالاضافة الى انها ليست وافية ببيان جميع الأحكام، بالاضافة الى ذلك لا تفيد في الغالب اكثر من الظن من حيث دلالتها وانطباقها على الجزئيات المختلفة، وكلما ألحّت عليهم الحاجة بسبب اختلاطهم بغيرهم من الأمم التي لها أعرافها وعاداتها وجدوا أنفسهم في أمس الحاجة الى مصادر أخرى للتشريع تؤمن لهم معرفة الاحكام التي لم يهتدوا اليها في كتاب الله وسنة نبيه (ص)، فرجعوا الى القياس والاجماع كما يبدو من تتبع المراحل التي مرَّ بها التشريع الاسلامي في تلك الفترة من تاريخه، ولعل من أصدق الشواهد على ذلك تلك الوثيقة التاريخية التي زوَّد بها عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري حينما أرسله والياً على الكوفة.

وقد جاء فيها: أعرف الأشياء والأمثال، وقس الأمور بعضها على بعض، وجاء في بعض المرويات عن شريح القاضي ان الخليفة كتب اليه، اذا أتاك أمر فاقضي فيه بما في كتاب الله، فان أتاك ما ليس في كتاب الله ولا في سنّة رسول الله (ص) ولم يتكلم فيه احد، فإن شئت ان تجتهد رأيك فتقدم.

وقد أشار بقوله ولم يتكلم به أحد الى الإجماع الذي وضع نواته لشيخان، وكان يحصل من اتفاق الثلاثة أو الأربعة على الحكم كما تدل ذلك

اكثر المصادر التاريخية[1].

وقال ابن خلدون في مقدمته: أن الاجماع والقياس حدثا أيام الصحابة وبهما صارت أصول الفقه أربعة[2].

ويدَّعي أكثر المؤلفين في تاريخ التشريع من السنَّة، أن الرسول نفسه هو الذي فتح للمسلمين أبواب الاجتهاد، ووضع النواة الأولى للاجماع والقياس كما تشير الى ذلك بعض المرويات عنه، انه قال: ما اجتمعت امتي على ضلال، ويد الله مع الجماعة، وأنه أوصى معاذ بن جبلة حينما أرسله الى اليمن ليقضي بين أهلها، أن يجتهد برأيه فيما لا نصَّ فيه، ويقيس الأشباه بالأشباه، والنضائر بمثلها، ولم تقتصر الحاجة على القياس والاجماع، بل كانت تتسع دائرة الاجتهاد كلما بعد الزمن عن عصر الصحابة، واتسعت المعارف، وتباينت آراء العلماء في أقضيتهم وفتاويهم، وانتشر الوضع في الحديث الى غير ذلك من الملابسات التي أدت الى مضاعفة جهود العلماء في مقام البحث عن الأحكام، واعطاء الحوادث والموضوعات المتجددة الأحكام المناسبة لها، وفي الوقت نفسه تضاعفت أصول الأحكام، فجاء دور الاستحسان والاستصلاح والعرف العام، واقضية الصحابة وفتاويهم ولعب القياس دوراً بارزاً في تفريع الفروع واستنباط الأحكام عند اكثر الفقهاء وبخاصة الأحناف منهم.

أما الاجتهاد عند الشيعة فلم يكن بتلك السعة التي كانت له عند غيرهم من الفقهاء في عصر الأئمة (ع)، ذلك لأن الشيعة في القرنين الأول والثاني وفي الشطر الأول من الثالث كانوا يرجعون الى الأئمة (ع) في امور الدين والعلماء في كل قطر وبلد ينقلون آرائهم ومروياتهم الى الناس مباشرة، كما كان المسلمون الأولون يأخذون عن الرسول (ص) مباشرة أو بواسطة من

---

(١) انظر تاريخ الفقه الجعفري للمؤلف ص ١٨٢ وما بعدها وتاريخ التشريع للخضري وتاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف.

(٢) المصادر السابقة.

يرسلهم (ص) الى الأقطار لتعليم الأحكام، ولم تدع الحاجة في عصر الأئمة (ع) الى اكثر من تفهم اقوالهم وتطبيق الأصول العامة التي كانوا يضعونها احياناً على الجزئيات الخارجية، ومجمل القول ان الاجتهاد عند الشيعة بدأ يتسع عندما اشتد الحصار على الأئمة (ع) من السلطات الحاكمة، وعندما انتشر الحديث المكذوب عليهم بين المرويات الصحيحة عنهم، مما أدى الى العناية بالحديث وتصفيته من الاحاديث المدسوسة بين أحاديثهم، وكانت مهمة الفقيه الشيعي في عصر الأئمة (ع) لا تتعدى نقل آرائهم واحاديثهم الى الناس بعد تصفيتها من المرويات المكذوبة، ومع ذلك فإن باب العلم بالأحكام لم يكن مسدوداً ما دام الامام موجوداً ومعروفاً بين الناس، لإمكان اخذ الحكم منه مباشرة أو بالواسطة.

ولما انتهى عصر الأئمة (ع) بوفاة الامام الحادي عشر، وجاء دور المهدي المنتظر (ع) واصبح من المتعذر الاتصال به مباشرة، انسد باب العلم بالأحكام، لأن الطرق الموصلة اليها في الغالب لا تنتهي الى العلم، حتى ما كان قطعي الصدور منها كالكتاب والسنّة المتواترة كما ذكرنا، ففي هذا الدور اصبح الاجتهاد يتطلب جهداً أوسع مما كان عليه في عصر الأئمة (ع)، ذلك لأن المرويات الصحيحة قد اختلطت بغيرها، والأصول الأربعماية التي جمعها الرواة من احاديث الأئمة (ع) قد فقد اكثرها، وظهرت بين الرواة بوادر الانحراف عن العقيدة الشيعية الصحيحة التي تنظم الأئمة الاثنا عشر (ع)، وتضاعفت الوسائط بين الامام والراوي الاخير، وظهر على بعض المرويات التقطيع والاضطراب في صيغة الرواية وفقدان السند الذي يربط الرواية بمصدرها، كما جرى ذلك بالنسبة لاكثر مرويات محمد بن عمير[1] الى غير ذلك من الظروف والملابسات التي احاطت بالسنة، وبخاصة ما جاء منها عن

(١) محمد بن أبي عمير من تلامذة الإمامين موسى بن جعفر وولده الإمام الرضا (ع) وقد بلغت مؤلفاته أربعاً وتسعين كتاباً في الحديث وغيره، ولما حبسه الرشيد تلفت أكثر كتبه وكان قد دفنها في التراب خوفاً من الرشيد ففاتته أكثر الأسانيد، توفي سنة ٢١٧.

طـريق الأئمة (ع) هـذا بالاضـافة الى الاختـلاف الذي ظهـر بين العلمـاء في احكام الحوادث وتعدد الآراء في المسألة الواحدة منذ بـدأ العلماء في تـدوين الفقـه وتوزيـع الحديث على أبـوابه حسب مـا يناسب كـل منها، لهـذا ولغيره اتسع مفهوم الاجتهاد، وتضاعفت جهود العلماء في تحصيل الاحكام بـالبحث عن الروايات من حيث دلالتها وسندها وجميع ما يحيط بها، وعن آراء العلماء لتحصيل الاجماع الـذي اصبح من اصـول التشريـع باعتبـاره كاشفـاً عن رأي الامـام (ع)، أو عن الأصول التي يتعين الـرجـوع اليهـا عنـدمـا يتعسـر عليهم الدليل على الحكم المشكوك.

ومهما كان الحال فالاجتهاد عند السنـة والشيعة كـان في القرون الاولى من ابـرز العـوامـل التي سـاعـدت على ازدهـار النهضـة العلميـة في مختلف العواصـم الاسلاميـة، تلك النهضة التي اعـطت ذلك النتـاج الطيب، وامـدَّت الفكر والمكتبة الاسـلامية بتلك الآثـار الغنية بمختلف العلوم، والتي لا تـزال منهلاً عذباً لرواد العلم، بالرغم من مـرور ما يقـرب من ألف عام على اولئـك الاعـلام، ولكن جريمـة التحجير على الأفكـار، التي كانت نتيجـة لسد بـاب الاجتهاد في القرن الـرابع الهجـري، فرضت علمـاء السنة ان يقفـوا عند آراء أربعة من العلماء خاشعين كأنها من وحي السماء، أو من سنن الأنبياء.

وقد ارجع بعض الكتّاب الاسباب الموجبة لسد باب الاجتهاد الى اربعة امور:

* **الأول**: انقســام الدولـة الاسلاميـة، وتناحـر ملوكها، وحكـامها على الحكم، مما أوجب انصرافهم عن العلمـاء وعن العلم، وانقسام العلمـاء تبعاً لرجال السياسة.

* **الثـاني**: انقسام العلمـاء على بعضهم، وتعـدد المـدارس العلميـة، وتعصب القائمين عليها واتباعهم لآرائهم، وتجرد العلماء لتأييد آرائهم، وهدم آراء الباقين بكل امكانياتهم.

* **الثالث**: انتشار المتطفلين من العلماء وتزاحمهم على القضاء والفتوى، واغراء العوام والمغفلين بآرائهم، بالاضافة الى شيوع الامراض الخلقية بين من يسمون انفسهم بالعلماء كالتحاسد والتباغض، والتراشق فيما بينهم بالتكفير والتفسيق، وتوهين كل منهم لآراء الآخرين، فلم يعد بالامكان الوقوف في وجه هذه الفوضى إلاَّ بسد باب الاجتهاد، وحصر المذاهب في الأربعة، وتم هذا التدبير من حكام القرن الرابع الهجري، على يد المنتصر العباسي بعد موافقة جماعة من علماء عصره على هذا الأمر(١).

وبذلك انتقل العلماء من دور الاستقلال والتحرر الفكري الى دور الجمود والتبعية لأربعة من العلماء أقصى ما يمكن أن يقال فيهم انهم قد اجتهدوا في الفقه الاسلامي، وكوَّنوا لأنفسهم فيه جملة من الآراء تختص بهم دون سواهم في الأصول والفروع، وتهيء لهم ما لم يتهيء لسواهم من الفقهاء. ويبدو أن بعض الكتّاب يحاول من وراء سرد هذه الأمور أن يبرر هذا التصرف الأحمق الذي يقضي على المواهب ويحد من سلطة العقل، ويجعله عبداً بعد أن كان سيداً يحكم بما يريد.

ولو افترضنا أن الوضع كان بهذه الحالة السيئة، وأن الحكام الذين قاموا بهذا التدبير، كانت غايتهم الوقوف في وجه الفساد، وقطع دابر الفوضى، لو افترضنا ذلك، ولكن تجاهلهم للمذهب الجعفري يبعث على التساؤل، ذلك لأن كل واحد من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه انتشاراً في الوقت الذي تم فيه هذا التدبير من قبل السلطات الحاكمة، ولا القائمين على نشر تلك المذاهب وعلى الدعاية لها باكثر علماً وأوسع صيتاً من علماء المذهب الجعفري، ولم يكن شيخ أئمة المذاهب الأربعة أبو حنيفة يتصور في يوم من الأيام أن تصبح آرائه وأحكامه مذهباً رسمياً يسوغ العمل بها لكل انسان، وآراء جعفر بن محمد وأبيه الباقر (ع) دخيلة على الاسلام، وهو الفخور

---

(١) انظر خلاصة التشريع للأستاذ عبد الوهاب خلاف.

بدراسته على الامام الصادق والقائل لولا السنتان لهلك النعمان.

واذا لاحظنا ان الذين تولوا هذا الامر قد تجاهلوا المذهب الجعفري بالرغم من أن أي مذهب من المذاهب الأربعة لم يكن أوسع منه ولا أقرب الى منطق القرآن والسنة، وبالرغم من أن دعاته والقائمين على نشره كانوا في كل عصر من خيرة علماء المسلمين واكثرهم انسجاماً مع منطق القرآن وروح الاسلام، وكان صيتهم يتسع ووجودهم يفرض نفسه حتى على أخصامهم وعلى جميع الطبقات، اذا لاحظنا جميع ذلك لا نكون مبالغين ولا مغالين لو قلنا بأن محاصرة المذهب الجعفري وقطع الطريق عليه كان من جملة الأهداف المحببة الى الذين قاموا بهذا الأمر، ذلك لأن هذه الظاهرة كانت تبعث في نفوس أخصام الجعفريين الخوف من أن يصبح المذهب الجعفري المذهب الاسلامي الأول.

وحصر المذهب في الأربعة حسب تفكيرهم من جملة الوسائل التي تحد من شهرته وانتشاره وتحول بينه وبين الجماهير الاسلامية، وبالتالي يصبح دخيلاً على الاسلام لا يجوز التدين به ولا العمل عليه لأيٍ كان من الناس كما انتهى الأمر الى ذلك طوال هذه القرون عند أهل السنّة.

ولكن ذلك لم يثن من عزيمة الشيعة، ولم يحد من صلاحية المجتهد الشيعي ونشاطه، ومضى الفكر الشيعي حراً طليقاً نحو أهدافه يتحدى الذين أرادوا له الجمود والركود وأرادوا للمذاهب الأربعة الحياة والخلود.

أما وقد انتهينا الى هذه المرحلة لا بد لنا من وقفة قصيرة مع الاستاذين محمد يوسف موسى، وأبي زهرة وغيرهما ممن يرى أن الاجتهاد عند الشيعة لا يختلف حاله عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الأربعة، فلقد رجح الاستاذ أبو زهرة في ـ كتابه ـ الامام الصادق (ع) بعد أن صنّف الاجتهاد الى مطلق ومنتسب على حد تعبيره، ان الاجتهاد الشيعي من النوع الثاني لان المجتهد المطلق هو الذي يرسم ويخطط لنفسه منهجاً خاصاً في الفروع والأصول،

ومنه يستنبط الأحكام، ويفرِّع الفروع، وأضاف الى ذلك ان المجتهد الشيعي ليس من هذا النوع، واستطرد يقول: وفي الحق أنه اذا لم يكن من المجتهدين المنتسبين، فلا يمكن أن يعلوا إلى مرتبة المجتهدين المطلقين الذين يشقون الطريق بأنفسهم الى الكتاب والسنَّة المحمدية، ويرسمون الخطوط ويحدون الحدود لما يجوز وما لا يجوز.

وقال الاستاذ محمد يوسف موسى في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات: أما الأئمة عند الشيعة فهم معصومون عن الخطأ في الأحكام فما يرونه يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع، ولا ندري مع هذا كله ما معنى الاجتهاد الذي يرون من مفاخرهم القول بجوازه دائماً، ومرجع الأحكام الشرعية هم الأئمة دائماً لا غيرهم(١).

ويبدو من ذلك أن الملاحظة التي أبداها أبو زهرة والدكتور محمد يوسف مرجعها الى ان العالم الشيعي مهما بلغ في علمه لا يسوغ له أن يتخطى ما رسمه الأئمة (ع) في الفروع والأصول، ولا يستطيع أن يشق الطريق بنفسه الى الحكم الشرعي المجعول، فهو في جميع الحالات يتتبع الخطوط التي رسمها له الأئمة للحصول على أحكام الكتاب والسنَّة، والاجتهاد في هذا الاطار يرجع الى التقليد في واقعه، ولا يختلف بشيء عن الاجتهاد عند فقهاء المذاهب الأربعة، ونحن لا ننكر ان الفقيه الشيعي ليس له أن يتخطى ما رسمه له الأئمة (ع) ولكنا لا نعتبر الامام مجتهداً كما هو الحال في أئمه المذاهب عند أهل السنَّة، بمعنى أن الأحكام التي نصَّ عليها، والمبادىء التي رسمها وخططها الإمام للحصول على الأحكام ليست من وحي الاجتهاد ليكون كغيره من أئمة المذاهب الذين اجتهدوا في أحكام الدين، بل إن نظرتهم الى الامام تختلف عن ذلك اشد الاختلاف، ذلك لأنهم يرون الأئمة مصدراً من مصادر التشريع فيما يأتون به من آراء وأحكام

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ١٦١ والإمام الصادق لأبي زهرة ص ١٣٩ و١٤٠.

وغيـر ذلك من غيـر فرق بينهم وبين الـرسول (ص) إلاَّ من حيث ان الـرسـول يتلقى عن الوحي بلا واسـطة وهم يأخـذون عن الرسـول ما أوحي اليـه يرويـه المتقـدم للمتأخـر، فما رسمـوه وخـططوه لمعـرفـة الأحكـام هـو من تخـطيط النبي (ص) ويؤكـد ذلك مـا جـاء عنهم في جملة من المـرويـات أن حـديثهم حديث رسول الله، وأنهم إذا حـدثوا وحكمـوا بشيء لا يحدثـون ولا يحكمون الا بحكم الله وحكم رسـوله، وأن مـا يخالف كتـاب الله من المرويـات عنهم ليس من اقـوالهم، ولا من أحكامهم، على أن الفقيـه الشيعي لا يقتصـر على المـرويات عن الأئمـة في التوصـل الى الأحكام، بـل يعتمـد بـالاضـافـة الى احـاديثهم على كتاب الله والمـرويات عن النبي (ص)، وعلى السيـر القطعيـة وبناء العقلاء وحكم العقل، وغير ذلـك مما يـوجب الاطمئنان بـالاحكام التي يحاول الحصول عليها.

ومن ذلــك تبين ان رجــوع الشيعــة الى الأئمــة لا يختلف بشيء عن الرجوع الى النبي والكتاب الكريم، فكما ان الرجـوع الى الأصلين الكريمين والأخذ منهما لا يمنع من صدق الاجتهاد، كذلك لا يمنع الرجوع الى الأئمـة والأخـذ عنهم لأن حـديثهم حــديث الـرســول وأحكـامهم من وحي القــرآن والرسول (ص). ومن الغريب ان الاستاذ أبا زهرة وغيره يرون أبا حنيفة وغيـره من أئمـة المـذاهب من المجتهـدين الجـامعين لجميــع مقـومــات الاجتهـاد المـطلق، مع انهم يعتمـدون على أقوال الصحـابة وآرائهم ويـرونهـا من أدلـة التشريع كالكتاب والسنَّة وغيرهمـا، وربما يخصصـون ويقيدون بهـا عمومات الكتاب ومطلقاته[1] ولا يرون الفقيه الشيعي مجتهداً لأنه يـأخذ بـأقوال الامـام الصـادق وغيـره من الأئمـة من حيث أن اقـوالهم وأحـاديثهم تعبِّـر عن أقـوال الـرسول (ص) وأحـاديثه، مـع العلم بأن أبـا حنيفة وغيـره يعتمدون على رأي الصحابي وفتواه ولو كان مصدرهما اجتهاده.

---

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ١٣٠.

ومجمل القول أن الفقيه الشيعي إنما يعتمد على المرويات عن الأئمة وعلى ما خططوه ورسموه لاستنباط الأحكام، باعتبار أن جميع ما ورد عنهم لا يتعدى حدود الكتاب وسنَّة الرسول (ص) وليس من وحي الاجتهاد الديني يخطىء ويصيب، ولو افترضنا ان الوقوف عند اقوال الأئمة ومخططاتهم يتنافى مع الاجتهاد المطلق على حد زعم الاستاذ ابي زهره، والدكتور محمد يوسف، لزمنا أن ننكر الاجتهاد المطلق من اساسه، لأن جميع فقهاء المسلمين يقفون عند حدود الكتاب والسنَّة، ولا يتعدون مخططاتهما بادعائهم، وقد ذكرنا ان ابا حنيفة وبعض أئمة المذاهب الأخرى لا يتعدون اقوال الصحابة ويعتمدون عليها كما يعتمدون على الكتاب والسنَّة.

ومهما كان الحال فالتدابير التي اتخذها الحاكمون لحصر المذاهب في الأربعة بحجة التنظيم وقطع دابر الفوضى كان من ابرز نتائجها الجمود والركود اللذان سيطر على تفكير الفقهاء وظهرا في مؤلفاتهم وآرائهم الفقهية، واصدق شاهد على ذلك ان الفقهاء بعد سد باب الاجتهاد أصبحوا ينظرون الى آراء أئمة المذاهب الأربعة كوحي منزَّل لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وقد جاء في بعض المرويات أن أبا الحسين الكرخي احد المبررين بين فقهاء الاحناف في القرن الرابع، كان يقول: لو خالف رأي أبي حنيفة الآية والحديث لا بد من تأويل الآية والحديث او الالتزام بنسخهما[1] بينما نجد فقهاء الشيعة لا يغالون في تقديس آراء أئمتهم الى هذا الحد، مع انهم يعتقدون بهم العصمة عن الخطأ في أمور الدين.

وعلى كل حال فسدّ باب الاجتهاد مهما كانت دوافعه قد أوصد الباب في وجه انتشار المذهب الشيعي، ولكن الشيعة لم يخضعوا لإرادة الحاكم، ومضوا في طريقهم غير مبالين ولا مهادنين، وبقي الاجتهاد عندهم يسير مع الزمن يتسع ويتطلب جهداً اكثر وأوسع كلما بعدت المسافة بينهم وبين عصر

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامي للخضرمي ص ٢٢٥.

الأئمة (ع) وكان لتدوين علم الأصول وتطوره الأثر البالغ في تطور الاجتهاد، واصبح الفقيه على مرور الزمن يحتاج الى بذل الجهد والاحاطة بكل ما يسهل له طريق تحصيل الأحكام، فبالنسبة الى النصوص لا بد وان تكون له خبرة بتحقيقها والتأكد من سلامتها من الخطأ والتحريف، وسلامة رواتها ووثوقهم في النقل بالرجوع الى كتب الجرح والتعديل، والتأكد من حجية تلك النصوص اذا كانت من اخبار الآحاد التي لا توجب القطع بمضمونها.

وان يكون له خبرة بالمرجحات التي جعلها الشارع كعلاج للروايات المتعارضة، وباللغة بالمقدار الذي يساعده على استخراج معانيها، ولو بالرجوع الى كتب اللغة المعدة لشرح معاني الألفاظ وغير ذلك مما يتوقف عليه فهم الحديث وآيات التشريع، ولا بد بالإضافة الى ذلك من أن يكون على صلة بتاريخ وجود الحديث والملابسات التي تحيط به، والناسخ والمنسوخ، والعام والخاص، والمطلق والمقيد، والتخصيص والتخصص، والحاكم والوارد، وغير ذلك من الجهات التي يتعين بسببها تقديم أحد الدليلين على الآخر، وبالنسبة الى الطرق الأخرى التي جعلها الشارع مرجعاً عند الجهل بالحكم أو الشك فيما إذا لم تتوفر الأدلة عليه من الكتاب والسنة لا بد للفقيه من الرجوع الى ما هو محرر في كتب الأصول والاحاطة بتلك القواعد بنحو يصبح قادراً على تمييز الصحيح منها من الفاسد، ويعرف مواردها واصول الجمع بينها، ويمحصها تمحيصاً صحيحاً الى حد يكون لنفسه رأياً فيها، ومن مجموع ذلك يحصل الاجتهاد سواء فسرناه بالملكة على تحصيل الأدلة الموصلة الى الحكم الشرعي كما عرفه بعضهم، أو فسّرناه بما جاء عن العلامة الحلي والحاجي، بأنه استفراغ الوسع في تحصيل الظن بالحكم الشرعي، اما اذا عرف النصوص، وجميع الوسائل التي تنتهي الى كونها حجة مجعولة من الشارع، ولكنه لم يعرف الأدلة الأخرى على الأحكام، ولا الأصول التي اعتبرها الشارع مرجعاً في حال الشك بالحكم، أو الجهل به، هذا المقدار من المعرفة لا يكفي في حصول الاجتهاد، ولذلك

فان الاجتهاد في العصور المتأخرة لم يعد بتلك البساطة التي كان عليها في العصور الأولى، وأصبحت مقوماته في كل عصر تختلف عن سابقه، وقد نصَّ الغزالي على أن العلوم التي لا بد منها لتحصيل الاجتهاد ثمانية، ثم ارجعها الى ثلاثة، علم الحديث، وعلم اللغة، وعلم أصول الفقه[1] وهذه العلوم الثلاثة تستدعي ان يكون للانسان خبرة في غيرها من العلوم كما ذكرنا.

* * *

(١) انظر المستصغى ص ١٠٣ من المجلد الثاني.

الحق والحكم
(٢)

اذا كان تنظيم المجتمع من جملة الأهداف الرئيسية للشرائع والقوانين، فان ذلك معناه أنهما يعنيان اولاً وقبل أي شيء ببيان ما لكل انسان من حقوق وما عليه من واجبات نحو غيره، ومتى عرف كل انسان ما له وما عليه يصبح بالامكان قيام مجتمع صحيح يحفظ للفرد حقه وللمجموع الخير والطمأنينة، وقد تكرر استعمال هذين اللفظين في الشريعة الاسلامية في مختلف المواضيع، وحاول الفقهاء التفرقة بينهما موضوعياً وتعرضوا للفرق بينهما في خلال مباحث العقود والمعاملات، الا انهم لم ينتهوا الى النتيجة الحاسمة التي تميز كلاً منهما عن الآخر، ولا الى الخصائص التي يختص بها كل منهما، ذلك لما بينهما من التقارب والتجانس في اكثر الموارد على انهما قد يجتمعان في الشيء الواحد ومن امثلة ذلك ان للبائع على المشتري الحق في استلام الثمن، وتسليمه واجب على المشتري، وللزوج حق الطاعة على زوجته، والطاعة واجبة عليها، وللوالد على ولده حق الاحسان، وعلى الولد ان يحسن لأبويه الى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة التي يلتقي فيها الحق والحكم.

ومن ناحية ثانية يمكن ان نقول: بأنه لا حق إلاّ وفي مقابله حكم،

فليس لأحد من الناس على غيره حق إلاّ وعليه واجبات لهم، وليس لأحد واجبات على الغير إلاّ وعليه حقوق في مقابلها، والحق الذي نحاول الحديث عنه هو الذي تكرر في كتب الفقهاء، وتميز ببعض الآثار والأحكام، كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق التحجير، وحق المرتهن في العين المرهونة، وحق الزوجة على زوجها في الانفاق، وحق المجني عليه المتعلق بالجاني، وحق الاختصاص بالمباحات ونحو ذلك من الحقوق، وكما ذكرنا، لقد حاول الفقهاء ان يضعوا الحدود بين الحق والحكم لتمييز كل منهما عن الآخر، ولكنهم لم ينتهوا الى المعنى الذي تنتظم فيه جميع الافراد، ولا الى الخصائص التي تميز كلاً منهما عن الآخر، ولذا فان ما يراه بعض الفقهاء من افراد الحق احياناً، يراه آخرون من الأحكام من حيث انه لا يقع عوضاً في المعاملات، ولا يسقط بالاسقاط، ولا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل، وقد فرق بينهما السيد كاظم في كتابه شرح مكاسب الشيخ الانصاري بأن الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير على مال المديون المستحق، وحق المرتهن في العين المرهونه، وحق الغرماء المتعلق في اموال الميت، وقد يكون الحق متعلقاً بشخص او بعقد وغيرهما كحق القصاص المتعلق بالجاني، وحق الخيار المتعلق بالعقد، وحق القسم الثابت للزوجات، وحق الانفاق الثابت للزوجة على الزوج ونحو ذلك، فهو مرتبة من الملك أو نوع منه مقصور على جهة خاصة من جهات التصرف.

أما الحكم فهو عبارة عن الترخيص في فعل شيء أو تركه، أو الحكم بترتب أثر خارجي على فعل شيء أو تركه، وأمره يعود الى الحاكم، فليس للانسان رفعه أو وضعه، ولا يملك المكلف شيئاً من ذلك، وهذا بخلاف الحق، لانه نوع من انواع السلطنة الثابتة له، فحق الخيار في العقود اللازمة، معناه ان الشارع قد جعل للمتعاقدين أو لأحدهما سلطنة على العقد من حيث امضائه وفسخه وملكه تلك السلطنة، وبذلك يختلف الجواز في العقود الجائزة عن حق الخيار في العقود اللازمة ذلك لأن مرجع الجواز في العقود

الجائزة الى ترخيص الشارع للمتعاقدين في الفسخ والامضاء من غير ان يكون لأحدهما أو لكليهما سلطنة مجعولة من الشارع على ذلك، فالجواز في العقود الجائزة نظير جواز شرب الماء، وأكل اللحم ونحو ذلك من موارد الترخيص التي لا ترجع الى جعل السلطنة للانسان، اما الجواز في العقود اللازمة، فان المجعول للشارع فيها هو السلطنة على امضاء العقد وفسخه، وهي أي السلطنة المجعولة من الحقوق، ونفس الجعل الذي هو عبارة عن اعتبار السلطنة من الأحكام، كما ان اعتبار الأعيان والأموال ملكاً هو من الأحكام ايضاً[1].

ومجمل القول ان الحق والملك كلاهما سلطنة مجعولة للمالك وذي الحق إلّا أن هذه السلطنة اذا كانت كافية لجميع انحاء التصرفات والتقلبات في الأعيان والأموال تسمى ملكاً، واذا لم تكفي لهذه الغاية إما لقصور الاضافة بين الشيء الذي هو احد طرفي الاضافة وبين من له السلطنة، كما في سلطنة المرتهن على العين المرهونة التي لا تتجاوز تسلطه على استيفاء دينه، واما لقصور متعلق السلطنة كالعقد موضوع الخيار، فانه لا يقبل غير الفسخ او الاجازة، وسلطنة الشفيع على تملك الحصة المبيعة بالثمن الذي اتفق عليه مالكها مع المشتري، هذا النوع من السلطنة يسمى حقاً، وعلى هذا فالمجعول الشرعي اذا لم يستتبع السلطنة على الأعيان والمنافع وغيرهما من الأموال يكون حكماً.

وبذلك يتضح الحال في بقية المصاديق التي اطلق عليها بعض الفقهاء اسم الحق، كجواز رجوع الواهب في هبته، وحق الأبوة الثابت للآباء على ابنائهم، وحق الجار على الجار، والسبق الى المساجد والمباحث العامة،

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم أعلى المكاسب ص ٥٥ ويظهر من السيد محمد بحر العلوم في كتابه بلغة القضية تبنيه لهذا الرأي حيث اعتبر الحق هو السلطنة المجعولة للإنسان، والحكم هو جعل تلك السلطنة، وهو الذي رجحه الشيخ الأنصاري في مكاسبه في أول كتاب البيع.

ورجوع المطلق في الطلاق، والولاية على الصغير والمعتوه، وحق الاستمتاع بالزوجة ونحو ذلك، فإن الشارع في مثل ذلك لم يجعل السلطنة لأحد على الآخر وانما حكم الشارع في كل مورد من هذه الموارد بالحكم المناسب له، ولذا فإن آثار الحقوق ولوازمها لا تتريث في كثير من هذه الأمثلة، وقد نصَّ الفقهاء على ان حق الأبوة، وحق الولاية الثابت للحاكم، وحق الاستمتاع بالزوجة وحق الوصاية والسبق الى المساجد والمباحات الى غير ذلك من الأمثلة لا تسقط بالاسقاط، ولا تنتقل بالارث او بغيره من النواقل لغير الوارث، والسقوط بالاسقاط والانتقال بالارث من أظهر خواص الحقوق وآثارها.

وعلى كل حال فالفقهاء في تحديد المعنى المراد من الحق لم يلتقوا على امر جامع لجميع مصاديق الحق، واكثر المصاديق التي ذكرناها واعتبرناها من الاحكام قد اطلقوا عليها اسم الحق، ولذا فقد فصَّل بعضهم بين انواع الحقوق من حيث السقوط بالاسقاط، والانتقال بالارث أو بغيره من النواقل[1].

وقد فصل القرافي في الفروق بين ما ينقل الحقوق وما لا ينتقل منها مدعياً بأن السقوط بالاسقاط والانتقال بالنقل، ليسا من خواص الحقوق ولوازمها. وقال ان الحديث المروي عن الرسول ما ترك الميت من حق فلوارثه لا يمكن الأخذ به على عمومه، فمن الحقوق ما ينتقل ومنها ما لا ينتقل، فمن حق الانسان ان يلاعن عند سبب اللعان، وان يفي بعد الايلاء، وان يعود بعد الظهار، وان يختار من نسوته اربعاً اذا أسلم، وان يختار احدى الاختين، وإذا جعل المتبايعان له الخيار فمن حقه أن يملك امضاء البيع عليهما وفسخه، ومن حقه ما فوّض اليه من الولايات والمناصب، وبعد ان عدد الحقوق انتهى بالنتيجة التالية:

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم أعلى المكاسب وبلغة الفقيه ومكاسب الشيخ الأنصاري وغيرهما من المجاميع الفقهية.

ان جميع الحقوق لا ينتقل الى الوارث منها شيء، واضاف الى ذلك ان ما كان من الحقوق متعلقاً بالمال، أو بدفع ضرر عن الوارث في عرضه لتخفيف المه، هذا النوع من الحقوق ينتقل الى الوارث، اما ما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته فلا ينتقل الى وارثه، وعلل للفرق بين الأمرين، بأن الورثة يرثون المال وتوابعه ولا يرثون عقل المورث وشهواته ونفسه، وبالاحرى ان لا يرثون ما يتعلق بهذه الأمور، واعتبر الأمور التي اوردناها مما يعود الى ذات المورث، كما عد خيار الشرط وخيار الشفعة على حد تعبيره، وخيار تعيين المبيع فيما لو اشترى المورث عبداً من عبدين ومات قبل اختيار احدهما، وخيار الوصية فيما لو مات الموصى له قبل موت الموصي وخيار الاقالة والقبول فيما لو اوجب المالك ومات المشتري قبل القبول او الرد كل ذلك ونحوه مما يعود الى ذات المورث لا ينتقل الى وارثه وغيره.

وقد نسب الى ابي حنيفة واحمد بن حنبل ان خيار الشرط لا ينتقل لوارثه، كما نسب الى الاحناف عدم انتقال خيار الشفعة، وجوز انتقال خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة، وحق القصاص والرهن وحبس المبيع حتى يقبض الثمن، وحق استحقاق الغنيمة قبل قسمتها.

أما حق رجوع الوالد على الولد في الهبة وخيار الطلاق كما لو قال الزوج لرجل آخر طلّق زوجتي متى شئت ومات الوكيل قبل اختيار طلاقها، فلا ينتقل لورثته هذا الحق، ويبدو من ذلك ان الخلاف بين أئمة المذاهب الأربعة في خصوص خيار الشرط من الخيارات، فقد جوز انتقاله الى الوارث الشافعية والمالكية، وادعى الاحناف والحنابلة انه من الحقوق التي تقوم بصاحبها وترجع الى مشيئته واختياره واضافوا الى ذلك ان البائع قد رضي بخيار واحد، فلو انتقل هذا الخيار للوارث لزم ان يتعدد الخيار بتعدد الوارث[1].

---

(١) ص ٢٨٦ و٢٧٧ من الفروق ج ٢ وص ٢٨٤ و٢٨٥ من تهذيب الفروق المطبوع على هامش الكتاب المذكور.

وقال الاستاذ عمر عبد الله استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الاسكندرية: ان الأحناف يرون خيار الرؤية من الحقوق التي غلب عليها الجانب الشخصي، وما كان كذلك لا ينتقل بالارث ولا بغيره من النواقل، واضاف الى ذلك: ان فقهاء الشريعة الاسلامية قد اختلفوا في الحقوق التي لها شبهان شبه شخص وشبه مالي، ونص اكثرهم على انها تنقل بالارث، ورجح الاحناف والظاهرية اتباع ابن حزم الظاهري عدم انتقالها، ومن ذلك خيار الشفعة وخياري الشرط والرؤية لأن هذه الخيارات تابعة لرغبة صاحب الخيار ومشيئته، والوارث لا يرث غير الاموال، وادعى المؤلف المذكور ان المحاكم الوطنية في مصر الى تاريخ ١٩٣٩ لم تتخذ مبدأً عاماً في هذه المسألة، وكانت تختلف في احكامها وعلى الأخص فيما يعود الى حق الشفعة، ومن ذلك التاريخ اخذت مبدأ التوارث بعين الاعتبار، لان الرجوع الى قانون الارث فيما ثبت كونه مالاً، اما كون الشيء مالاً أو ليس بمال فالمرجع فيه هو القانون الوضعي، وقد نصَّ على أن كل متقدم نافع للانسان يصح أن يستأثر به دون غيره فهو مال، وكما يكون المال مادياً كالأعيان يكون معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلاّ بالتصور، والاستشفاع من الحقوق التي توافرت فيها عناصر المالية، وهي النفع، والتقوم والاستئثار فوجب كونه مالاً، وكل مال يورث(١).

وقد قاس الأصناف المنافع على الحقوق، وذهبوا الى ان المنافع لا تورث سواء كان تملكها بعوض كالاجارة أو بغيره كالوصية، فمن استأجر داراً لمدة ثلاث سنوات مثلاً أو اكثر، ومات قبل انتهاء المدة تبطل الاجارة، ولا ينتقل حقه لوارثه، ومن اوصي له بمنفعة عقار لمدة عشر سنوات مثلاً، ومات قبل استيفاء تمام المنفعة تنتهي الوصاية بوفاته، ولا ينتقل حقه فيها لوارثه، وعللوا ذلك بأن المنافع من الاعراض، والاعراض تتلاشى بمجرد وجودها،

---

(١) انظر أحكام المواريث لعمر عبد الله ص ٢٠ و٢١ و٢٢ وانظر بداية المجتهد لابن رشد ص ٢٠٩ و٢١٠.

والذي يقبل الانتقال بالارث لا بد من بقائه على ملك المورث الى اللحظة الأخيرة من وفاته، ولا يأتي ذلك إلاّ في الأمور الثابتة المستقرة[1] ومن مجموع هذه الآراء المتضاربة المنسوبة الى أئمة المذاهب الأربعة تبين ان الخلاف بينهم في الحقوق وآثارها مرده الى ان الحقوق التي وقع الخلاف فيها، هل هي من صفات صاحب الحق بنحو تتعلق بشخصه، أو أنها متعلقة بالمال أو الشيء موضوع الحق، واضافتها الى صاحب الحق باعتبار أنه المالك للحق، من حيث ان الحق لا بد فيه من الاضافة بين من له الحق وبين متعلق الحق، وتلك الاضافة تسمى حقاً، فإذا مات صاحب الخيار أو من له الشفعة تبدل طرف الاضافة من المورث الى الوارث، ويبدو من القائلين بأن حق الشفعة والخيار بأقسامه ينتقل الى الوارث وغيره قد اخذ هذه الناحية بعين الاعتبار، كما اخذ القائلون بعدم انتقال هذه الحقوق الى الوارث وغيرهم بالناحية الأولى هذا من حيث الخلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الأربعة.

أما خلافهم مع الجعفريين في هذه المسألة فليس من جهة ان هذه الحقوق من الأوصاف المختصة بمن له الحق او انها متعلقة بالأعيان والمنافع واضافتها الى الشخص باعتبار أنه المالك لها، بل من جهة أن الأمور التي يعتبرونها من الحقوق منها ما هو من الاحكام، ومن امثلة هذا النوع ولاية الحاكم، وحق الآباء على الابناء، وحق الجار على الجار، والمؤمن على المؤمن، ورجوع الواهب بالهبة ونحو ذلك، وهذه لا تسقط ولا تنتقل الى الغير من جهة انها من الأحكام المجعولة للشارع في مواردها لا من جهة قيامها بالأشخاص المخصومين، والأحكام أمرها بيد المشرع، ولا سلطنة للمكلف عليها رفعاً ووضعاً كما ذكرناه.

والقسم الآخر منها كحق الشفعة والرهانة والخيارات بجميع اقسامها وحق الانفاق للزوجة الثابت على الزوج وحق القصاص الثابت للمجني عليه

(١) المصدر السابق ص ٢٣.

في رقبة الجاني وحق الدائن في اموال المدين ونحو ذلك، وهذه الحقوق تسقط بالاسقاط وتنتقل الى الوارث وغيرهم، وقد ادعى الشيخ الانصاري في مكاسبه الاجماع على ذلك[1] كما نصَّ غيره من فقهاء الشيعة عليه ايضاً اما بالنسبة الى منافع الأعيان المستأجرة والموصى بها وغير ذلك سواء كانت بعوض او بدونه، هذه المنافع وان لم تكن من الأعيان الخارجية القائمة بذاتها، الا انها من الأموال بنظر العرف، ولها وجود مستقل عندهم، ولذلك يبذلون الأموال في مقابلها وتختلف الرغبات فيها تبعاً للمصالح والأغراض القائمة في نفس المالك والمستأجر، ولو كانت من الأغراض التي تتلاشى تدريجاً مع الزمن والتي لا وجود لها الا في ظرفها لزم أن لا تصح المعاوضة عليها ولا الوصية بها، ومع أن انصار هذا الرأي لا يلتزمون بذلك بل يصححون عقد الاجارة عليها والوصية بها امداً طويلاً، وليس ذلك إلاَّ لأنهم ينظرون اليها مجردة عن الزمان والمكان ويفرضونها امراً قائماً بذاته، وقد نصَّ فقهاء الشيعة على ان منفعة الدار المستأجرة والموصى بها لشخص تنتقل الى ورثته بموته لانها من جملة امواله، ومجمل القول ان فقهاء الجعفريين فرقوا بين الحق والحكم والملك من الناحية الموضوعية ومن ناحية الآثار والخصوصيات الثابتة لكل واحد منها كما اشرنا الى جانب من تلك الفوارق التي وردت في مجاميعهم الفقهية.

وقد فرق الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق بين الحق والرخصة بما يرجع بالنتيجة الى ما ذكره الجعفريون بين الحق والحكم، ونصَّ على أن الحق الذي يعنيه هو الحق الشخصي والعيني. كما ورد التعبير عنهما في الفقه الغربي المقابل للفقه الاسلامي، ولم يتعرض لكل انواع الحقوق كحق الله سبحانه والحقوق الشخصية الأخرى كحق الجار على الجار والانسان على الانسان وغيرهما من الحقوق التي ليس لها قيمة مالية، واقتصر في حديثه على الحقوق التي لها قيمة مالية.

---

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري مبحث أحكام الخيلدات.

وقد عرف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون، كما عرف الرخصة بأنها اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة، وعد من ذلك حرية العمل والتنقل، والتعاقد، والتملك ونحو ذلك من الحريات التي اباحها القانون لكل انسان، واعتبر هذه الحريات من نوع الرخصة، كما اعتبر الملكية الحاصلة بأسبابها من نوع الحقوق، واضاف الى ذلك ان ما بين الحق والرخصة منزلة وسطى، هي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق هذه المنزلة الوسطى هي الشروع في أسباب التملك، فحرية التملك التي أعطاها الشارع للانسان هي الرخصة، والشروع في اسباب التملك وقبل انتهائها هي المنزلة الوسطى، والملك الحاصل من اسبابه مهما كان نوع الملك هو الحق، فالمشتري قبل أن يصدر منه ومن البائع العقد له أن يتملك، وهذه هي الرخصة، وبعد صدور الايجاب من البائع وقبل صدور القبول منه أصبح المشتري في منزلة وسطى، لانه في هذه الحالة يملك اكثر من حرية التملك باعتباره مشرفاً على التملك، وبعد صدور القبول من المشتري يصبح مالكاً، وقد أكدَّ أن المنزلة الوسطى لم يغفل عنها الفقه الاسلامي بدليل ما جاء في الفروق للقرافي في تحديدها.

قال في الفروق: من ملك ان يملك، كمن كان متمكناً من تملك اربعين شاتاً مثلاً، أو كان قد تمكنا من الزواج مثلاً وأمثال ذلك، لا يعد مالكاً ولا متزوجاً، ومن جري له سبب يقتضِ المطالبة بالتملك كما لو حاز المجاهدون الغنيمة، أو باع احد الشريكين نصيبه في العقار، وفيما لو كان الشخص مستحقاً لأن يؤخذ من بيت المال بأن كان فقيراً ومجاهداً مثلاً، ففي هذه الأمثلة وإن تهيأ له سبب التملك إلاَّ أنه لا يعد مالكاً قبل قسمة الغنائم[1] كما وأن الشريك لا يملك السهم الذي باعه شريكه إلاَّ بعد الأخذ بالشفعة، والفقير لا يملك من بيت المال إلاَّ إذا طالب واعطي منه[2] واضاف الى

(١) وقد اختار الشافعي في المجاهدين أنهم يملكون بمجرد الحيازة وقبل القسمة.

(٢) كما هو المشهور بين الفقهاء، ورجح بعضهم أنه لو يسرق من بيت المال لما يجد إذا كان فقيراً، لأنه بوجود سبب التملك أصبح مالكاً.

ذلك: ان من تم في حقه سبب الملك كمن اشترى أرضاً أو ورثها أو حازهـا، أو أخـذ بـالشفعـة سهم شـريكـه الـذي بـاعـه لغيـره يكـون مـالكـاً في هـــذه الحالات[1]. فهذه المراتب الثلاثة الرخصة والمنزلة الوسطى والحق كما مثـل لها في الفروق ونصَّ عليهـا السنهوري في مصـادر الحق في الفقه الإسـلامي تلتقي مع الحكم والحق والملك في عرف الفقهاء الجعفريين، ذلـك لأنه قـد عرف الرخصـة بأنهـا اباحـة يسمح بهـا القانـون في شأن حـرية من الحـريات العامة فهي بهذا المعنى لا سيما بعد ملاحظة الأمثلة التي اوردها لها تلتقي مع الحكم لأنه عبارة عن المجعول الشرعي سـواء كان بنحـو الاباحـة أو الالزام، واباحة التملك المعبر عنها بالرخصة من جملة افراده.

والمنزلة الـوسطى تلتقي مـع الحق حسب اصطلاح الفقهـاء الجعفريين للحق، لأنها عبارة عن حق الشخص في التملك بعد وجود سبب الملك كمـا جـاء في الفروق واختـاره السنهوري في مصـادر الحق، وبعد مـلاحظة الأمثلة التي اوردها في الفروق للمنزلة الوسطى، يتـأكد وجـه الشبه بينهـا وبين الحق في اصطلاح الجعفريين، فلقد مثل لـذلك بمـا لو حـاز المجاهـدون الغنيمة، وعـد الحيازة من أسبـاب الملك الذي لا يتم إلَّا بـالقسمة، وبمـا لو بـاع أحد الشريكين نصيبه في العقـار المشترك، وعـد بيع الشـريك لحصتـه من أسباب تملك الشـريك الآخـر لها الـذي لا يتم إلَّا بعد الأخـذ بالشفعـة والمثالان من مصاديق الحق عند الجعفريين، كما يبدو ذلك عن الأمثلة التي أوردها الاستاذ شفيق شحاتة في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية، فلقد مثل للمنزلة الوسطى بما لو قبض احد الدائنين شيئاً من الدين المشترك، فـان المقبوض يكون ملكاً للقابض، وللدائنين الباقين حق في المقبوض يستحقـون منه، فاذا اعلنوا عن ارادتهم في ذلك يملكون سهامهم فيه، ومقتضى ذلك أن بقية الدائنين لا يملكون سهامهم ملكاً كامـلًا إلَّا بعد أن يـطالبوا بسهـامهم في المقبوض.

---

(1) الفروق للقرافي م ٣ ص ٢٠ و٢١.

ومذهب الفقهاء الجعفريين في هذه المسألة هو اشتراك الجميع في المقبوض ولم يخالف في ذلك إلاَّ ابن إدريس الحلي وبعض الفقهاء رجَّح كون المقبوض ملكاً للقابض وحده.

وأضاف الاستاذ شحاته الى المثال الأول: ما لو جنى العبد فان حق المجني عليه يتعلق بالجاني ويصبح مملوكاً له عندما يدفعه المالك اليه[1].

ومن ذلك يتبين ان المنزلة الوسطى التي تعرض لها الفقه العربي تتحد مع الحق حسب الاصطلاح الفقهي عند الجعفريين لأنهم قد مثلوا له بعين هذه الأمثلة وغيرها.

ويدعي الاستاذ السنهوري: أن الفقه الغربي لم يتبين هذه المنزلة الوسطى إلاَّ بعد أن ارتقى ووصل الى مرحلة بعيدة، وقد سماها أحد رجال القانون «بالحق المنشيء»، وعرفه بأنه مكنة تعطى للشخص بسبب امر قانوني خاص في ان يحدث أثراً قانونياً بمحض ارادته، ومثل لذلك بحق البائع باسترداد الحصة المبيعة وحق الشفيع أن يأخذ بالشفعة[2].

ومن مجموع ذلك تبين أن هذه المراتب الثلاثة: الرخصة والمنزلة الوسطى والحق، ترادف الحكم والحق والملك حسب اصطلاح الشرعيين، ولا يختلف الحال بينهما إلاَّ بالتسمية. وقد بيَّنا أن الحق الذي هو قسيم للرخصة والمنزلة الوسطى، هو في الففقه الغربي عبارة عن الملكية التي لا تحصل إلاَّ بعد وجود الأسباب الكاملة للملك، ومعنى ذلك أن الحق والملك في واقعهما شيء واحد ولا يختلف الحال بينهما إلاَّ بالتسمية.

وقد رجَّح ذلك جماعة من الجعفريين ومنهم السيد الحكيم في نهج الفقاهة. قال في الكتاب المذكور بعد أن أورد مجموعة من الأمثلة كشاهد

---

(١) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي رقم١ ص ٥و٦.

(٢) المصدر السابق ص ٥.

على اتحـادهما وأن بعضهـا يختص باسم الحقيقـة وبعضهـا بـاسم الملكيـة، فليس الاختلاف بينهما إلّا بحسب المورد[1].

* * *

(١) انظر ص ٧ من الكتاب المذكور.

الحق الشخصي والحق العيني
(٣)

لقد ذكرنا أن الفقه الغربي قد تعرض للرخصة والمنزلة الوسطى والحق، وذكرنا أن الفقه الاسلامي قد بحث هذه المراحل الثلاثة تحت عنوان الحكم والحق والملك، وتقسيم الحق الى شخصي وعيني من المصطلحات التي اختص بها الفقه الغربي ومع أن الفقه الاسلامي لم يميز بين هذين الحقين واكتفى ببيان معنى الحق الجامع لهما إلَّا أنه أعطى من الأمثلة ما يصلح لكل منهما، على أن القوانين المدنية لم تتفق على التمييز بينهما، فلقد حاول بعض الفقهاء الغربيين تحطيم هذا التقسيم والغاء جميع الفوارق الجوهرية بينهما، ولكن هذه المحاولة لم تنجح عند أكثر المشرعين[1].

ومهما كان الحال فالحق الشخصي يرادف الالتزام حسب اصطلاحهم، وقد عرَّفوه بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين مثلاً يلزم المدين بموجبها أن يعطي الدائن شيئاً، وأن يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل وبهذا التعريف قد عرفوا الالتزام أيضاً وصرحوا بأنه لا يرد على شيء مادي معين بالذات بحيث يخول صاحبه سلطة على ذلك الشيء، وانما هو سلطة يعطيها القانون

(١) انظر ص ١٠ و١٠٤ و١٠٥ من الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري.

لشخص على شخص آخر من حيث الزامه بشيء معين، وهو تارة ينشأ عن الالتزام بالدين، كما لو وجب في ذمة المديون مقدار من المال بمقتضى عقد القرض الحاصل بينهما، أو الغصب أو ثمن البيع اذا كان مستحقاً في ذمة المشتري.

وأخرى من الالتزام بالعين، وهو أي الالتزام بالعين محله الأعيان المعينة بالذات، كما لو وقع عقد البيع على عين معينة، فالبيع يلزم البائع بتسليم تلك العين الى المشتري.

ومن أمثلته أيضاً ما لو استأجر انسان عيناً ليستوفي منفعتها، فعقد الاجارة يلزم المؤجر بتسليم العين الى المستأجر المالك لمنفعتها بمقتضى عقد الاجارة، ولا ينحصر الإلتزام بتسليم العين بالعقد، بل يكون بغيره كما لو أوصى شخص لآخر بمنفعة العين أو بعين معينة، أو عصب انسان عيناً معينة، فالوصية والغصب ينشئان التزاماً على الموصي والغاصب بتسليم العين الى الموصي له والى المالك.

وقد يحصل الحق الشخصي من الالتزام بعمل كما لو استأجر انسان شخصاً على عمل معين ليقوم به العامل من غير فرق بين تحديد زمان العمل وعدمه، فالالتزام بالعمل يحصل منه ارتباط بين شخصين ويحدث سلطة قانونية للمستأجر على الأجير لايجاد العمل المستأجر عليه الى غير ذلك من الأمثلة التي يحصل منها ارتباط بين شخصين أو أشخاص، وبهذه الواسطة يجعل القانون سلطة لشخص على آخر بتسليم الأعيان أو الأعمال التي التزمها أحدهما للآخر.

وأما الحق العين كما ورد في مصطلحاتهم، فهو عبارة عن سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات تخوله ان يتصرف فيه بما توحيه اليه مصلحته، وقد مثلوا له بحق الملكية المتعلق بالأعيان الخارجية، فالعين المملوكة قد جعل المشرع لمالكها سلطة عليها يتصرف بها بما يحقق له مصالحه وأغراضه، وبالاضافة الى ذلك، قد فرض القانون على كافة الناس احترامها

بحيث لا يسوغ منافسة المالك ولا معارضته في التصرف بها.

والمائز بين الحقين الشخصي والعيني، ان الحق الشخصي هو تسلط شخص على آخر بسبب التزامه له باداء أمر معين كما جاء في الأمثلة السابقة وكما في سلطة الدائن على المدين وسلطة مالك العين على الغاصب ليردهما اليه فلم يتعلق الحق في هذه الأمثلة بشيء معين بالذات بصفة مباشرة، وليس الأمر كذلك في الحق العيني فانه عبارة عن تسلط المالك على العين المملوكة يتصرف بها بجميع الانتفاعات والتصرفات المستوحاة من مصلحته بشرط ان لا يضر بالآخرين، فللمالك أن يبني داره ويحفر في ملكه بئراً ويتصرف به كما يشاء اذا لم يؤدي ذلك الى الاضرار الفاحش بالغير، والمراد من الضرر الفاحش، هو ما يكون سبباً للخلل ببناء جيرانه، أو يمنعهم عن استيفاء المنفعة التي من اجلها اوجد البناء ونحو ذلك. أما إذا كان تصرف المالك موجباً لتفويت منفعة الجار من غير أن يلحق به ضرراً، أو يفوت عليه تحصيل المنفعة التي كانت السبب في بناء الدار مثلاً، هذا النحو من التصرف لا يوجب رفع سلطنة المالك لأن فوات المنافع لا يعد ضرراً في الغالب[1].

وقد نصَّ فقهاء الشيعة على تحديد سلطنة المالك اذا لزم منها الاضرار بالغير، وصرحوا بأنه لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بغيره، فليس له أن يحفر بئراً يضر ببناء جاره، ولا أن يهدم داره إذا استلزم هدمها تصدع دار الغير ونحو ذلك من التصرفات، لأن سلطنة المالك على ملكه محكومة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الاسلام[2] هذه القاعدة المستوحاة من قول الرسول: لا ضرر ولا ضرار في الدين، وقد جاء في الحديث أن

---

(١) مصادر الحق السنهوري ص ٢٧.

(٢) المراد من حكومة لا ضرر في الإسلام على قاعدة السلطنة، هو خروج هذا الفرد من السلطنة عن السلطنة العامة المجعولة للمالك على ملكه، ولازم ذلك عدم شمول القاعدة لمثل هذا النوع من التصرف بواسطة الدليل الحاكم وهو لا ضرار في الإسلام.

سمرة بن جندب كان يملك نخلة في دار لرجل من المسلمين في المدينة، وقد تكرر دخول سمرة الى الدار بدون أن يستأذن من مالكها، فشكاه الى الرسول (ص) فأمره أن يستأذن مالك الدار عندما يريد أن يدخل لإستغلال نخلته، فأبى أن يستأذن منه محتجاً بأن تسلطه على ملكه يسوغ له الدخول والخروج، فقال النبي (ص) لمالك الدار: اقلع له نخلته لا ضرر ولا ضرار في الدين، ومعنى ذلك أن الأديان لا تشرع حكماً أو حقاً يؤدي الى الضرر، والسلطنة التي يلزم منها الضرر بالغير ليست مجعولة في الاسلام.

ومهما كان الحال فالحق العيني ينقسم الى أصلي وتبعي، فالأصلي كما يكون في الأعيان المملوكة ملكية كاملة يكون بملكية المنافع ايضاً وإن لم تكن نفس العين مملوكة له. وذلك كما لو استأجر عيناً للانتفاع بها، أو استعارها بناءً على أن العارية عقد مملك كما يدَّعي المالكية، وكما لو أوصى شخص لآخر بمنفعة العين بعد موته، فان الموصى له يملكها بعد الموت، فالحق العيني في هذه الأمثلة ونحوها يقوم بالمنفعة لأنها ملك للمستأجر والمستعير والموصى له في الأمثلة الثلاثة، والعين لمالكها ليس له أن يتصرف بها أو ينتفع كما لا يجوز له أن يتصرف في العين ذاتها إلاَّ بإذن صاحب المنفعة.

ويدعي السنهوري أن صاحب المنفعة لا يملك بيع العين إلاَّ بإذن صاحب المنفعة سواء كان مستأجراً أو مالكاً للمنفعة بسبب آخر، ونسب هذا الرأي إلى الفقه الاسلامي، واضاف ان القوانين الغربية تنصّ على أن صاحب العين يملك بيعها ولو لم يأذن المنتفع، والمؤجر له أن يبيع العين المستأجرة بدون إذن المستأجر ويبقى حق المنتفع والمستأجر في العين نافذاً بالنسبة للمالك الجديد، وتبقى العين في يده مسلوبة المنفعة إلى أن يستوفي حقه من الانتفاع بها[١].

---

(١) مصادر الحق ص ٣١.

وتلتقي القوانين الغربية مع الفقه الشيعي في هذه المسألة، فقد نصَّ فقهاء الشيعة في مجاميعهم الفقهية بأن المالك له أن يبيع العين المستأجرة بدون إذن المستأجر، وتنتقل الى المشتري مسلوبة المنفعة، ويبقى حق المنتفع قائماً في العين بمقدار ما يسهل له استيفاء المنفعة التي ملكها بالاجارة أو بغيرها من الأسباب.

قال السيد كاظم في العروة الوثقى: «يجوز بيع العين المستأجرة قبل تمام مدة الاجارة، ولا تنفسخ الإجارة به فتنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة مدة الإجارة نعم للمشتري مع جهله بأن العين مستأجرة الخيار في فسخ البيع لأن نقص المنفعة من العيوب التي تسوغ الفسخ».

والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك اعتماداً على النصوص التي تجيز للمالك البيع، على أن ذلك من مقتضيات سلطنة المالك على ملكه التي لا تزاحم حق المستأجر عند الجعفريين. أما الحق العيني التبعي فهو عبارة عن تعلق حق الدائن بالعين المرهونة ضماناً لدينه، وحق التحجير على المال المتعلق في مال المديون لغاية استيفاء الدين منه، ومن أمثلة ذلك ما لو باع انسان عيناً ولم يقبض الثمن، فله أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يدفع له الثمن[1] وللمستأجر فيما لو انفسخت الاجارة بأحد الأسباب إذا كان قد دفع الأجرة أن يحبس العين المستأجرة حتى يقبض ما دفعه في اجرتها، وللودعي فيما لو أنفق على العين المودعة عنده بإذن القاضي أن يحبس العين حتى يقبض ما أنفقه عليها، فالحق في هذه الموارد وأمثالها باعتبار أنه متعلق بالعين كان حقاً عينياً، وباعتبار أن مصدره الدين الذي يملكه على صاحب

(١) قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب، لو لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف، وكذا للمشتري حبس الثمن، وقد علل ذلك بأن عقد البيع مبني على التقابض من كلا الطرفين، ومقتضى ذلك أن كلًّا منهما قد التزم للآخر بتسليم العين التي ملكه إياها بالعقد، ونتيجة هذا الالتزام عدم كونه ملزماً بتسليم العين إذا لم يستلم عوضها.

العين فهو تبعي، ومعنى ذلك أنه قد أصبح حقاً عينياً لغاية التوثق والاطمئنان على المال الذي يملكه في ذمة الراهن في مثال حق المرتهن في العين المرهونة، وفي ذمة المشتري في مثال البيع اذا لم يقبض الثمن، وكذا الحال بالنسبة الى العين المودعة كما ذكرنا.

وليس للراهن أن يتصرف في العين المرهونة، ويقع تصرفه فاسداً، أما في القوانين الغربية فيصبح تصرفه بالبيع أو بغيره من عقود المعاوضات، ويصب الثمن رهناً محل العين، ولو اراد المرتهن أن يستوفي دينه من العين المرهونة يكون أولى من جميع الغرماء لأن حق المرتهن قد تعلق بمالية العين المرهونة[1].

وقد نصَّ فقهاء الشيعة على أن المرتهن أحق من جميع الغرماء في العين المرهونة قال السيد ابو الحسن في وسيلة النجاة: إذا كان الراهن مفلساً ومات وعليه ديون للناس، كان المرتهن أحق من باقي الغرماء باستيفاء حقه من الرهن، فإن زاد عن حقه شيء يوزع على الباقين بالحصص، وإن لم يفي الرهن بمال المرتهن شارك الغرماء بما يبقى له في أموال المفلس، ومن خصوص بيع الراهن للعين المرهونة فقد نصَّ جماعة من الفقهاء على أنه لا يحق له أن يتصرف فيها بالبيع وغيره من النواقل إلاَّ بإذن المرتهن، ولو أذن له يبطل الرهن ولا يكون الثمن رهناً، إلاَّ إذا كان حق المرتهن في الدين حالاً، فلو أذن له في هذه الحالة كان الثمن رهناً، كما نصَّ على ذلك العلامة الحلِّي في التحرير، والشيخ الطوسي في المبسوط، والشهيد في الدروس، وعلَّل ذلك في الدروس، بأن مرجع الإذن في هذه الحالة إلى نقل الوثيقة من العين الى الثمن وأن الأذن في بيعها مفاده بنظر العرف وضع الثمن محلها[2].

ومن مجموع ذلك تبين أن الأمثلة التي أوردها المؤلفون في الفقه المدني للحق الشخصي والعيني بقسميه قد أوردها الجعفريون وغيرهم من

---

(١) مصادر الحق ص ٣٢.

(٢) انظر وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن لا الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي كتاب الرهن.

فقهاء المسلمين في مجاميعهم الفقهية وتكلموا عنها بإسهاب في العقود المختلفة التي تستعمل لانشاء التمليك والرهن والقرض ونحو ذلك، ولم يتكلموا عنها باعتبار أنها من الحقوق الشخصية أو العينية، ذلك لأن تقسيم الحقوق إلى الأقسام الثلاثة من مختصات الفقه المدني كما ذكرنا، ولم أعثر على هذا الاصطلاح في الفقه الجعفري لغير الفقيه الشيعي الشيخ هادي الطهراني في كتابه الذي شرح فيه البيع من كتاب الشرائع، فلقد أشار الى الأقسام الثلاثة في أثناء حديثه عن أقسام السلطنة، قال: السلطنة إما على الشخص، وإما على العين، والسلطة على الشخص إما من حيث الدين الثابت بذمته، وإما من حيث الحق الثابت له عليه كحق الشفعة الثابت في العين المشتركة بينه وبين شخص آخر، وكذلك حق الخيار والقصاص.

والسلطة على العين هي عبارة عن السلطنة على المال، إما بملكية العين ملكية مطلقة من جميع الجهات، وإما بملكية الانتفاع بها أو المنفعة كما في الإجارة، فللمستأجر سلطة على العين المستأجرة لجهة الانتفاع بها من حيث انه يملك المنفعة بالعقد، واضاف الى ذلك قوله: ومن الملك ما يتعلق بالشخص والمال معاً، كالدين المتعلق بالذمة والعين المرهونة، فان تسلط المرتهن على العين المرهونة لصيانة حقه الثابت في ذمة المستدين، ومن أمثلته تعلق حق الغرماء في أموال المفلس، وفي أموال الميت إذا مات المديون، فإن صاحب المال في هذين المثالين يتسلط على المال لأجل التوصل الى ماله الثابت في ذمة المديون[١].

هذه الصور الثلاثة للسلطنة هي عبارة عن الحق الشخصي والعيني بقسميه الأصلي والتبعي كما يبدو ذلك من مقارنة هذه الصور الثلاثة بالأقسام الثلاثة للحق التي ذكرها السنهوري والدكتور سليمان مرقس وغيرهما.

ومهما كان الحال فسواء وردت هذه المصطلحات في الفقه الاسلامي

---

(١) انظر كتاب البيع للطهراني ص ١٩ و١٧.

الجعفري أو لم ترد فالأمثلة التي ذكرت في الفقه المدني للأقسام الثلاثة قد تعرض لها الشرعيون وبحثوها بحثاً دقيقاً مفصلاً على أساس انها من الحقوق المجعولة ناسباً بها وفرقوا بينها باعتبار الآثار والأحكام المترتبة على كل واحد منها، وكل ما في الأمر أن الفقه الجعفري لم يفرق بين هذه الأمثلة من حيث تسميتها بهذه الأسماء.

على أن جماعة من علماء الحقوق الحديثة لا يسلمون بهذه التفرقة بين الحق الشخصي والعيني، فمنهم من يجعل الحقوق كلها عينية متعلقة بالمال لا بالذمة، ومنهم من يجعلها شخصية متعلقة بالمكلف أي بشخص بعينه، ولكن النظرية السائدة الشائعة بين الفقهاء هي التفريق بين أنواع الحقوق[1] وهو ما عليه الفقه الإسلامي كما ذكرنا حيث أنه رتب عليها احكاماً كثيرة تختلف حسب تعلق الحق بالمال أو بالذمة، نذكر منها ما يلي:

١ ـ أن الغاصب إذا غصب عيناً وباعها أو وهبها الى غيره وتناقلتها الأيادي، فصاحب العين له أن يتتبع الشيء الذي تعلق به حقه اينما كان ومهما كان السبب الناقل لها، وينتزعه ممن هو بيده. أما إذا تلفت العين المغصوبة في يد الأخير مثلاً، فصاحب العين المرادف في المقام للحق الشخصي له أن يرجع على الغاصب الأول بضمان العين لأن حقه متعلق بذمته[2].

٢ ـ لصاحب الحق المتعلق بالعين كما في العين المرهونة الأولوية على بقية الغرماء في استيفاء دينه من العين المرهونة ويتقدم في ذلك على بقية الدائنين، فان زاد منها شيء اشترك الغرماء فيه بالسوية، أما بقية الدائنين الذين لهم حقوق في ذمة المفلس فتوزع عليهم امواله بنسبة ديونهم مهما كان

---

(١) انظر الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ص ١٦.

(٢) انظر كتاب الغصب من الجواهر للنجفي، والمكاسب للشيخ الأنصاري مسألة تعاقب الأيادي.

مصدر حقهم أو تاريخه[1] الى غير ذلك من الأمثلة التي فرَّق فيها الشرعيون بين تعلق الحق بالعين المسمى في عرف المدينين بالحق العيني، وبين تعلقه بالمكلف المسمى في عرفهم بالحق الشخصي.

* * *

(١) انظر وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن والجواهر كتاب الرهن والحجز.

الذمة في الفقه الجعفري
(٤)

لقد استعمل الفقهاء لفظ الذمة في الفقه الاسلامي في كثير من الموضوعات الفقهية، كالدين والضمان والحوالة والكفالة، بل وفي العبادات كالصلاة والزكاة، وفي عقود البيع كالسلم بالنسبة الى المبيع، والنسيئة بالنسبة إلى الثمن وغير ذلك من المباحث الفقهية المختلفة، ويمكن القول بأن بعض المباحث الفقهية كالدين والضمان ونحوهما ترتكز في الواقع على فكرة الذمة، ومع ذلك فلم يتكلم الفقهاء في الذمة باعتبارها موضوعاً مستقلاً كغيرها من المواضيع التي ربما لا تكون لها تلك الأهمية، ويبدو من الموارد المختلفة التي تكرر فيها هذا اللفظ، أنها تؤدي معنى الوعاء الاعتباري الذي يقع ظرفاً للديون والحقوق الثابتة على الانسان.

وهي بهذا المعنى ليست بعيدة عن المعنى اللغوي الذي هو عبارة عن العهد، وسمي العهد ذمة لأن نقضه وعدم الوفاء به موجب للذم، وقد جاء في الحديث: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم» والمقصود من ذلك أن أحد المسلمين إذا أعطى عهداً للعدو بالأمان سرى ذلك على الجميع، فليس لهم أن يخفروا عهده، ومن ثم أيضاً كان من يستوطن بلاد المسلمين من أهل الكتاب اذا التزم بالشروط التي أقرها الاسلام من أهل

الذمة أي داخل في عهدتهم وأمانهم، وكما ذكرنا أن الموارد التي تكرر فيها لفظ الذمة في مختلف المواضيع الفقهية هذه الموارد يستفاد منها أن الذمة أمر اعتبره الشارع في الانسان بنحو يكون صالحاً للالزام والالتزام، ولأن يكون مسؤولاً تجاه الله والمجتمع والقانون، وتلك الصلاحية مرة تكون بنحو يصلح للأداء والتنفيذ، واخرى بنحو يكون موضوعاً لتلك الأحكام المجعولة له وعليه، فالصغير حين وجوده وفي حال طفولته لا يصلح لأداء شيء من التكاليف المفروضة على الناس، ولا تكون أعماله نافذة في حقه وملزماً بشيء منها، فاذا بلغ سن الرشد صلح لأداء التكاليف وتصح منه جميع الأعمال التي اعتبرها الشارع موضوعاً لأثر شرعي، كالطلاق والعقود والضمان وغير ذلك من معاملاته وعباداته، فأهلية الانسان وصلاحيته لأن يكون موضوعاً للتكاليف ومسؤولاً عن تصرفاته لا تعني أنه يصلح لتعلق التكليف به من حين وجوده وتحقق انسانيته، وإنما هي عبارة عن كونه صالحاً لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه، وللواجبات المتعلقة بالانسان شرعية كانت أم غيرها، وتتكامل صلاحيته وتصبح فعلية بعد أن كانت في الأدوار الأولى من حياته لا تزيد عن كونه قابلاً لأن يكون محلاً لتعلق التكاليف به الى أن ينتهي الى مرحلة البلوغ والرشد، تلك المرحلة التي ينتقل فيها الانسان من دور الصلاحية بمعنى القابلية الى الصلاحية الفعلية، نعم هو قبل أن تتكامل صلاحيته منذ ولادته يثبت له الحق كما يثبت عليه، فيرث المال منذ طفولته بل وقبل ولادته، كما يضمن ما يتلف يفعله من أموال غيره، فالجنين قبل ولادته يرث المال وتصح له الوصية مع أنه ليس له وجود مستقل في تلك الحالة، ولا يجب عليه أي شيء لغيره، فإذا انفصل حياً وأصبح له وجود مستقل عن أمه أصبح أهلاً لأن يتحمل حقوق غيره فيما لو أتلف مال الغير أو جنى عليه، وتبقى له هذه الأهلية الى مماته، وفي هذه المرحلة من وجوده يتولى وليه أداء ما عليه من حقوق الله كزكاة ماله، وحقوق العباد فيما لو اتلف شيئاً من أموال الناس، أو جنى على غيره.

أما صلاحيته للأداء بمعنى كونه صالحاً لأن يباشر اعماله ويؤدي ما عليه من الواجبات والحقوق هذه الصلاحية لا تكتمل في الانسان إلاّ بعد التمييز والبلوغ الشرعي الذي حدده الفقهاء الجعفريون ببلوغ الذكر خمس عشرة سنة، وبلوغ الأنثى تسع سنين، والمنسوب الى الأحناف أنه لا يتحقق للأنثى إلاّ بعد أن تبلغ سبع عشرة سنة، وللذكر ببلوغه ثماني عشرة سنة[1].

وقد أجاز أكثر فقهاء الشيعة وصيته إذا كان مميزاً قد بلغ عشراً إذا كانت في وجوه البر والاحسان كبناء المساجد وسائر المبرات والخيرات[2] والى ذلك ذهب الشافعي وغيره من فقهاء المدينة، وابطلها الأحناف على جميع التقادير[3].

ومن المعلوم أن الجعفريين إذ يحددون البلوغ بهذا العدد من السنين فذاك بالنسبة الى التكاليف الشرعية كالعبادات ونحوها، أما بالنسبة الى معاملاته وعقوده فلا بدَّ مع ذلك من الرشد والتمييز كما تنص على ذلك الآية الكريمة.

قال تعالى: **﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم﴾**[4] ومقتضى ذلك أن الصبي إذا بلغ راشداً عاقلاً يصبح ممن له الأهلية الكاملة في عقوده وجميع تصرفاته، فاجتماع الأمرين البلوغ والرشد هو المسوغ لاستقلاله في التصرف ورفع الحجر عنه.

وقد أجاز جماعة من الفقهاء تصرفات الصبي المميز إذا أذن بها الولي،

---

(١) انظر المدخل لنظام المعاملات في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٢٢٨.

(٢) انظر وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الأصفهاني كتاب الوصية، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم ص ٣٨٠ من كتاب الوصية والحكم بصحة الوصية الصادرة من الصبي إذا بلغ عشراً هو المشهور بين فقهاء الشيعة، وقد روي في ذلك محمد بن أبي عمير بن أبا عبد الله الصادق (ع) قال إذا بلغ الصبي عشراً جازت وصيته.

(٣) المدخل لنظام المعاملات ص ٢٢٦.

(٤) انظر وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن وغيرهما من المجاميع الفقهية.

أو أجازها بعد صدورها عنه، كما نصَّ على ذلك الشيخ مرتضى الأنصاري في شروط المتعاقدين من المكاسب والسيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة. وقال الدكتور محمد يوسف: «إن الصبي قبل بلوغه سن التمييز في حال طفولته لا تثبت له أهلية الأداء لا كاملة ولا ناقصة، ويستمر بطلان تصرفاته مطلقاً إلى أن يبلغ سن التمييز، فاذا بلغها وصار عارفاً بالمراد من العقود وبمعان الألفاظ والعبارات الدالة عليها تصح تصرفاته باذن الولي لا يكون مضراً بحاله كالبيع والشراء وغيرهما من العقود التي يرجى نفعها، وتصح منه أيضاً بإجازة الولي لها».

وقد تبين من مجموع ذلك أن الانسان قبل بلوغه سن الرشد والبلوغ ليس أهلاً للقيام بجميع التصرفات المالية لنفسه ولغيره، وقد رفع الله عنه التكاليف الشرعية وآثارها، كما نصَّ على ذلك الحديث المروي عن النبي (ص) «رفع الظلم عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يبرأ».

ولازم ذلك بطلان جميع أفعاله وتصرفاته في هذا الطور من أطوار حياته، أما لو ترتب على معاملاته إتلاف مال لغيره، أو قام بأي عمل من شأنه إحداث خسارة مالية على غيره، فانه يكون ضامناً، وتتعلق الغرامة بذمته، كما تتعلق بها جنايته وكل ضرر مالي أو بدني ناتج عن فعله مباشرة أو تسبيباً، حتى ولو صدر منه بدون قصد واختيار.

ومجمل القول إن الانسان في دور الطفولة أهل لأن يتعلق به الحق سواء كان له أو عليه، لأنه يملك المال، وينتقل اليه بالارث وغيره من أسباب التمليك، كما تصحّ الوصيّة له بالمال، بل تصح للحمل قبل ولادته ويملك الموصي به كما يملك نصيبه من الميراث قبل ولادته، ويضمن ما اتلفه بأي نحو كان الاتلاف، وهذا النوع من الأهلية هو المعبر عنه في كلمات السنهوري وسليمان مرقس وغيرهما بأهلية الوجوب من غير ملاحظة الأسباب المنشأة لهذه الحقوق، ويتمحض النظر فيها إلى الشخص المعين بذاته مع

قطع عن أسبابها وموجباتها. أما أهلية الأداء كما وردت في مصطلحاتهم، فهي كون الشخص صالحاً لأن يباشر بنفسه عملاً له آثار شرعية أو قانونية، وهذه لا ينظر فيها الى نفس الحق، بل إلى الأسباب التي تنشأ الحقوق أو تنقلها من حيث صدورها من شخص صالح لأن يباشر بنفسه التصرفات الناقلة كالبيع والهبة والإجارة والقرض وما أشبه ذلك من التصرفات المملكة أو المبيحة للانتفاع بالمال أو النفس، فأهلية الوجوب حسب اصطلاحهم من خصائص الانسان لأنها تثبت له في جميع أطواره وحالاته، ولكن أهلية الأداء لا تثبت له إلاّ بعد التمييز والرشد كما ذكرنا، وقد تعترضها بعض الحالات كالجنون والمرض والسفه وغير ذلك مما اعتبره الشارع من عوارض الأهلية التي تحد من أهليته للقيام بصلاحياته بحيث يصبح كالطفل الذي يحتاج الى من يدير شؤونه ويشرف على جميع تصرفاته وأفعاله، وعلى جميع التقادير والأطوار التي يمر بها منذ طفولته آخر لحظة من حياته، فالأطوار التي يمر بها منذ ولادته والحالات التي تعترضه بعد رشده لاتؤثر على ذمته ولا تمنع من تعلق الحقوق بها، كما لا تمنع من ملكيته لميراثه وللموصي به اليه وغير ذلك مما لا يتوقف حصوله على انشاء أسبابه مباشرة أو تسبيباً، وهو المراد من أهلية الوجوب التي تخلق مع الانسان وتستمر باستمرار وجوده مهما طرأ على حياته من الأعراض والتقلبات.

وكل ما في الأمر أنّا لا نحتاج إلى اعتبار ذمة للانسان إلاّ بالنسبة لما عليه من الحقوق والواجبات، وذلك لما ذكرناه أولاً من أن الذمة من الأمور الاعتبارية التي اعتبرها الشارع أو القانون في الانسان كوعاء يستوعب ما عليه من الحقوق ولا نحتاج الى اعتبار وجودها فيما يملكه الانسان لأن ملكه لا يثبت في ذمته، وعليه فتفسيرها بأهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الانسان أهلاً لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه، هذا التفسير يخرج الذمة عن المعنى الشرعي المناسب لها[1] وبتعبير أوضح ليست الذمة بنظر الفقه

---

(١) أنظر الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد الجزء الثاني لمصطفى الزرقا ص ١٢٥و١٢٦، =

الاسلامي إلاَّ كون الانسان بذاته صالحاً لأن يكون موضوعاً للحق الذي عليه بنحو يكون ذلك من خصائص انسانيته التي توجد بوجوده وتستمر بدوام وجوده مهما طرأ عليه من العوارض، وإن لم يكن مالكاً للتصرف في أموره قبل البلوغ والرشد وفي حال طرو العوارض الأخرى التي اعتبرها الشارع سبباً لعدم نفوذ تصرفاته، فكما يضمن البالغ الرشيد ما يتلفه مباشرة أو تسبيباً يضمنه الصغير ولو في حال طفولته من غير فرق بينهما إلاَّ من حيث أن الكبير مكلف بأداء ما عليه، والصغير يؤدي عنه وليه من أمواله التي بيده، لأنه لا يصلح لتعلق الخطاب به، وليست له أهلية التصرف في هذا الدور من أدوار حياته، وإذا لم يكن له مال يبقى في ذمته الى أن يصبح مالكاً وإلى هذا المعنى يشير السيد الجرجاني، والجعفريون في فقههم، قال الجرجاني: الذمة بمعنى العهد أي كون الشيء في عهدته، واطلاق الذمة على العهد من حيث أن نقض العهد موجب للذم، ومن المعلوم أن ثبوت الشيء في العهدة إنما هو بالاعتبار الشرعي[1].

وقال الجعفريون في فقههم: ان الذمة عبارة عن العهدة، وإلى ذلك يشير الحديث عن النبي (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤدي، أي إن ما أخذته اليد يبقى في عهدتها إلى أن تؤديه بنفسه أو ببدله لو كان تالفاً[2] وقد تكرر هذا الاستعمال للذمة في جميع الموارد التي تعرض فيها الفقهاء للضمان.

وقد ادَّعى القرافي في الفروق أن الذمة لا توجد للانسان إلاَّ حيث يصح توجه التكليف اليه، قال في الفروق في الفرق بينها وبين أهلية التصرف: يعتقد جماعة من الفقهاء أنها أهلية المعاملة، فاذا قلنا زيد له ذمة

ومن الذين فسروا الذمة باهلية الوجوب التي هي عبارة عن كون الإنسان أهلاً لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه السنهوري والدكتور مرقس في كتابهما الوسيط ونظرية العقد.

(١) انظر تهذيب الفروق هامش كتاب الفروق ص ٢٣٧.

(٢) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري كتاب البيع في مسألة تعاقب الأيادي.

معناه أنه أهل لأن يعامل، والواقع انهما حقيقتان متباينتان، وتحقيق التغاير بينهما أن بينهما عموماً من وجه فيوجد كل منهما بدون الآخر ويجتمعان معاً في مورد واحد وأضاف الى ذلك: أن أهلية التصرف والمعاملة توجد بدون الذمة في الصبيان المميزين حيث تصح معاملاتهم عند الأحناف والحنابلة والمالكية ولا ذمة لهم، وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف في العبيد فإنه محجوز عليهم لحق ساداتهم وإن قلنا إنهم يملكون وإذا جنوا تتعلق الجناية بذمتهم فإذا اعتقوا يطالبون بها، ومن أمثلة ذلك ما لو تزوج العبد بدون إذن من سيده وفسخ السيد نكاحه فان المهر يتعلق بذمته وإذا قام الصبي بعمل يوجب الضمان يكون كمن أحدث سبب الضمان فيطالب به بعد بلوغه من غير أن يتعلق بذمته قبل بلوغه شيء، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى العبيد، فانهم يطالبون بالحق من حين إحداث السبب.

ومثل لصورة اجتماع أهلية التصرف والذمة في البالغ الرشيد حيث تنفذ تصرفاته ويتعلق الحق بذمته وانتهى من ذلك الى النتيجة التالية.

ان الذمة معنى شرعي مقدر في المكلف بنحو يصبح قابلاً للالزام والالتزام، وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن مجموعة من الأسباب البلوغ والرشد وعدم الحجر، فمن اجتمعت له هذه الشروط الزمه الشارع ارش الجنايات، وأجر الإجارات، وأثمان المعاملات ونحو ذلك، ومضى في سرد الفوارق بين الامرين وانتهى الى أن الذمة لاتوجد إلاّ حيث يصح التكليف، وأهلية التصرف توجد بدون ذلك[1].

والمتحصل من مجموع كلامه عن الذمة وأهلية التصرف أن الذمة لا توجد في الانسان إلاّ بعد البلوغ والرشد وعدم الحجر وكون الانسان صالحاً لأن يتعلق به التكليف الشرعي، ولا يشترط شيء من ذلك في أهلية التصرف وقد خالفه في ذلك صاحب تهذيب الفروق ورجَّح أنها توجد بوجود الانسان

---

(١) انظر الفروق المجلد الثالث في ص ٢٢٩ إلى ص ٢٣٥.

وتـلازم وجوده[٢]. وقـد بيَّنا رأي فقهـاء الشيعة في الفـرق بين الأمـرين وبـأن جميع التصرفات الصادرة من الانسـان في حال طفـولته وعـدم رشده، كـالبيع والضمـان والدين وسـائر العقـود الماليـة، بل والعبـادات، هذه التصـرفات لا تصح منه في هذه المرحلة من مراحل حيـاته، وذلـك لأن الزامـه بها مشـروط بقابليته للالتزام، وهو مسلوب القابليـة في هذه المـرحلة من حياتـه، وذلك لا ينافي أن يعتبر الشارع له في هذه الحالة ذمة تلازم وجوده وتكون بمنزلة الوعاء لغـرامة مـا يجنيه على الأمـوال والأنفس بـالأفعـال التي لم يعتبـر الشـارع في سببيتها للضمان شرطاً زائداً على وجودها المؤدي لاتلاف مـال الغير بـأي نحو كان، هذا كله بالنسبة الى وجود الذمة بوجود الانسان.

وقـد اختلفت آراء أئمة المـذاهب في بقاء الـذمة بعـد الموت وعـدمـه بمعنى أن الثابت في الذمـة ينتقل بـالموت الى امـوال الميت، أو يبقى بذمتـه إلى إن يستوفيه صاحب الحق من امواله.

فالمالكية وبعض الحنابلة يدعون أن الذمة تتلاشى بالمـوت، فإذا مـات وعليـه ديون لغيـره تتعلق بأمـوالـه وان لم يكن عنـده من الأمـوال شيء تسقط الديون عنه.

ويـدعي الشوافـع وبعض الحنابلة ان الـذمة لا تتـلاشى بالمـوت وتبقى الديون في ذمته الى ان توفى من أمواله، ومثلوا لذلك بما لو باع بعض الأعيان في حال حياته وقبل ان يـردها المشتـري بالعيب تـوفي البائـع فان ذمتـه تكون مشغولة بالثمن الذي استلمتـه من المشتري، وبمـا لو حفـر حفرة في الـطريق العام، وبعد موته تردى بها انسان أو حيوان، فانه يكون مضمونـاً على الميت، ويلتـزمون ببقـاء الديـون التي كانت عليـه في ذمته الى ان تؤدى لأصحـابها أو يضمنها احد عنه. وقال الأحنـاف أن الذمـة لا تتلاشى بـالموت ولا تبقى كمـا كانت في حال الحياة ولكنها تخرب بمعنى انها لم تعد صالحة لشيء، وتقوى

---

(١) انظر ص ٢٣٧ من المجلد الثالث هامش الفروق.

إذا ترك الميت مالاً أو كفيلاً عنه فإن لم يترك مالاً ولا كفيلاً سقط الدين عن ذمته، وإذا كان الدين مستفرقاً لأمواله تبقى تركته بحكم أمواله، أما إذا كانت التركة أكثر من الدين فللأحناف فيها أقوال ثلاثة:

* **الأول**: أنها تبقى على حكم ماله، وتخرج فيها ديونه.
* **الثاني**: أنها تنتقل الى وراثه.
* **الثالث**: أن ما يقابل الدين يبقى بحكم أمواله والزائد ينتقل لوراثه[1].

وقد أجمع فقهاء الشيعة على أن الذمة تتلاشى بالموت، ولا يبقى للانسان ذمة بعد موته، ذلك لأنها عبارة عن كون الشيء في عهدته بمعنى أنه مسؤول عما هو عليه وملزم بردِّه إلى مستحقه، والميت لا يتصور في حقه ذلك، لأنه أشبه بالجماد، ولذا فهو لا يملك شيئاً بعد موته، لأن الملك اضافة بين المالك والمملوك، والميت لا يصلح أن يكون طرفاً للاضافة.

ومما يؤيد أن الذمة تتلاشى بالموت أن الدين المتعلق بذمة الانسان يتعلق بأمواله عند موته وينتقل حتى الغرماء اليها، ولا يملك الوارث إلّا ما يبقى منها بعد وفاء الدين كما تنصّ على ذلك الآية الكريمة: **﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾**.

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه: وحيث إن الميت لا ذمة له تعين الوفاء من المال الموجود لانطباق الكلي الذين اشتغلت به ذمته على الصداق المنحصر فيه[2].

على أنه إذا لم يملك المال الذي كان في يده فبقاء الدين في ذمته لغوٌ لا تترتب عليه أي فائدة، هذا بالاضافة إلى أن الأحكام تكليفية كانت أم

(١) انظر الجزء الأول من مصادر الحق للسنهوري ص ١٦ و١٧.

(٢) انظر ص ٣٩٣ من البلغة مبحث الوصية، والجواهر في الفقه كتاب الحجر مسألة انتقال التركة إلى الوارث فيما يقابل الذي على الميت وقد صرح في خلال بحثه لهذه المسألة أن الميت لا تبقى له ذمة بعد الموت.

وضعيـة لا تتعلق بـالمعــدومين والميت بحكم العـدم، والأمثلة التي أوردهــا الشوافع وبعض الحنابلة لاثبات ما ذهبوا إليه من بقاء الذمة بعد الموت، هـذه الأمثلة لا تصلح لاثبـات هذه الـدعوى، ذلـك لأن المشتري إذا فسـخ بالعيب ورد المبيع بعد موت البائع، فان كان الثمن بعينه موجوداً في هذه الحالـة كان مسلطاً عليـه بعينـه، وإن لم يكن مـوجـوداً كـان من جملة الـديـون المتعلقـة بـأموالـه، ويقدم حق المشتـري على بقية الغـرماء إذا استغـرقت الديـون تمام متروكات الميت، وإذا لم يكن لـه مال غيـر المبيع يتسلط المشتـري عليه ولا يحق لغيره من الغرمـاء مزاحمتـه[1] فليس في هذه المسـألة مـا يشير الى بقـاء الذمة بعد الموت.

وكذلك بـالنسبة لمن حفـر بئراً في الـطريق العام وبعـد موتـه تردى بهـا انسان أو حيوان وتلف بسبب ذلك فان الغرامة تتعلق بأمواله كما هو الحال في الديون التي كانت عليه، والمصحح لالحاقها بالـديون وجـود السبب منه قبـل وفاته.

وقد أورد هذه الأمثلة الشيخ محمد حسن النجفي في كتـاب الحجر من الجواهر قال في الكتاب المذكور: ولو كان على الميت عهدة كما لـو كان قـد حفر بئراً في طريق المسلمين عدوانا فتردى بهـا انسان بعـد موتـه، أو كان قـد جنى على أحد فأدت جنايته إلى موت المجني عليه بعـد وفاة الجـاني، أو رد المشتري المبيع بالعيب بعد موت البائع مع فرض تصرفه بالثمن، فإن لـم يكن قد تصرف الوارث بالتركة وجب الأداء منها بلا خلاف أجده فيـه، كما وانـه لا خلاف في المقام بـانتقال التـركة الى ملك الـوارث قبل حـدوث الضمان وان كـان السبب متقدمـاً، لأن مجرد تقـدمه لا يـوجب بقاء تـركته على حكم مـال الميت لعـدم تحقق الدين حين وفـاته، اللهم إلّا أن يـدعي الكشف ولا دليـل عليه[2] ووجوب الأداء منهـا أعم من كون الـدين سابقـاً على الوفـاة، وأضاف

(١) انظر مكاسب الشيخ مرتضى الأنصاري. أحكام الخيارات.

(٢) والمراد في الكشف في المقام هو أن يكون موت المجني عليه بعـد وفاة الجـاني كاشفاً =

الى ذلك أنه في مثل المقام لا مجال للتردد في انتقال التركة الى الوارث بمجرد الموت، ولا سيما بعد ان رجحنا انتقالها اليهم في صورة سبق الدين على الوفاة، وكل ما في الأمر أن حق الغرماء يتعلق بها كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، أو بمعنى وجوب الاستيفاء منها اذا لم يدفع الوارث الدين الثابت على مورثه.

وإذا كان قد تصرف الوارث في التركة قبل ان يتردى انسان في البئر الذي حفره الميت مثلاً، وقبل أن يموت المضروب متأثراً بتلك الضربة، فقد ذهب الشهيد في القواعد الى فساد التصرف الحاصل من الوارث لتعلق الحق بالتركة، ولكنه في الجواهر رجح في مثل هذه القروض تعلق حق الغرماء بثمن التركة فيما لو تصرف بها الوارث بالبيع ونحوه من المعاوضات، لأن الثمن بدل عن الأعيان التي يجب على الوارث وفاء الدين منها بعد أن فرضنا انه يجب عليه وفاء الدين من متروكات مورثه[1].

وليس في هذا النص الفقهي وغيره من النصوص ما يشير الى تعلق الغرامة في هذه الأمثلة ونظائرها بذمة الميت أو ما يشعر ببقاء الذمة إلى ما بعد الموت.

* * *

عن تعلق الغرامة بذمة الجاني قبل وفاته بنحو يكون لموته المتأخر أثر رجعة بالنسبة إلى الغرامة.

(١) انظر الجواهر الفصل الذي عقده لانتقال التركة إلى المورث وعدمه من كتاب الحجز.

عوارض الأهلية
(٥)

لقد ذكرنا في معرض حديثنا عن الذمة في الفقه الجعفري أن الانسان يصلح لأن تتعلق به الحقوق سواء كانت له أم عليه، وهذه الصلاحية المعبَّر عنها في الفقه الغربي بأهلية الوجوب توجد مع الانسان بمعنى أنه يصلح لأن تتعلق به الحقوق التي له وعليه، فكما يملك منذ وجوده المال الذي تركه مورثه والموهوب له والموصى به له كذلك تتعلق بذمته الحقوق التي لغيره كما لو اتلف مال غيره أو جنى عليه بأي نحو وقع العمل المؤدي الى الائتلاف أو الجناية وبدون ملاحظة أي أمر زائد على العمل المادي المؤدي إلى الاتلاف والجناية على النفس أو أحد الأعضاء.

أما بالنسبة إلى الحقوق والالتزامات الناتجة عن الأعمال الإرادية كالديون والضمانات وعقود المعاوضات وغير ذلك مما هو متداول في نقل الأعيان وانشاء الحقوق، هذا النوع من التصرفات لا بدَّ وأن تتوافر في الشخص الصالح للقيام بهذه المعاوضات الشروط التي اعتبرها الشارع كالبلوغ والرشد والعقل وعدم الحجر عليه بأحد الأسباب التي تحد من تصرفاته، وقد ذكرنا أن الصبي قبل بلوغه مرتبة التمييز لا يصلح لأداء شيء من تلك الأفعال بنظر الشرع والقانون، وقد الغى الشارع جميع تصرفاته، فلا

يترتب على عقوده النقل والانتقال المقصودان من عقود البيع والصلح والاجارة ونحو ذلك، ولا تشتغل ذمته بالدين كما لا تصح وصاياه وهباته وجميع التزاماته مهما كان نوعها، وإذا بلغ سن التمييز أشرف على الاستقلال بأموره، وجاز له أن يتصرف في بعض شؤونه فتصح وصاياه في موارد الخير والاحسان، وطلاقه بنظر بعض الفقهاء، وبيعه، وشرائه باذن وليه أو بإجازته المتأخرة كما رجح في ذلك بعضهم، على شرط أن لا تنطوي معاملاته على غبن مضر بحاله، أو تكون على خلاف مصلحته.

وإذا بلغ سن الرشد والبلوغ حسب التحديد الذي ذكرناه تكاملت أهليته وأصبح قابلاً للالزام والالتزام وتتم له الأهلية المطلقة في جميع شؤونه وتستمر الى وفاته إلاَّ إذا عرض عليه ما يمنع من أهليته للقيام بتلك الأعمال، كالجنون والعته والسكر والسفه والمرض المتصل بالموت ونحو ذلك مما يحد من سلطنته. وهذه العوارض منها ما يمنع من اهليته لجميع التصرفات ذات الأثر الشرعي، كالجنون والعته والسكر المزيل للعقل والنوم ونحو ذلك من الحالات التي يفقد فيها ارادته واختياره، ومنها ما لا يكون له هذا التأثير على أهليته المطلقة كالمرض والمحجور عليه لسفه وغير ذلك الموارد التي ضيق فيها الشرع والقانون سلطنة المالك حرصاً على حقوق الآخرين.

أما الجنون فقد نصَّ الفقهاء بأنه إذا استولى على الانسان في جميع حالاته فلا تصح تصرفاته مالية كانت أو غيرها، ولا يكون ملزماً بشيء من التزاماته لأن العقل من الشروط العامة التي لا بد منها في جميع الأعمال عند جميع الفقهاء، ويجد المتتبع هذا الحكم مبثوثاً في الأبواب الفقهية في العقود على اختلافها والدين والضمان والحوالة والوصية والطلاق وسائر الأبواب، ويستثنى من ذلك ما إذا لم يكن الجنون مطبقاً، بأن كان في وقت دون آخر، ففي حال سلامته تصح منه جميع التصرفات وتترتب عليها الآثار المقصودة منها، وقد اعتمد الفقهاء في اعتبارهم هذا الشرط في صحة التصرفات على الحديث المشهور المروي عن النبي (ص) المعروف بحديث رفع القلم، وقد

جاء فيه: رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ. ومنه ومن غيره من النصوص اعتبر الفقهاء السلامة من هذا العارض من الشروط العامة في جميع المعاملات والالتزامات، ومع أن الحديث بظاهره يمكن شموله لجميع الآثار بالنسبة لما يصدر عن المجنون والصبي والتي من جملتها ضمان المتلفات وارش الجنايات ونحوهما، ومع ذلك فقد التزم الفقهاء بعدم صحة عقوده ومعاملاته والتزاماته اعتماداً على الحديث المذكور، وبقاء الآثار الأخرى كضمان المتلفات وارش الجنايات فيما لو اتلف المجنون أو جنى على غيره، ولعل نظرهم في ذلك إلى أن الحديث ناظر لحكم الأفعال الصادرة من البالغ الجامع لشرائط الأهلية بمعنى أن هذه الأفعال التي تترتب عليها آثارها إذا أوجدها الصبي أو المجنون لا تصح منها ولا تترتب عليها آثارها، أما الأفعال التي اعتبرها الشارع سبباً لبعض الآثار بمجرد وجودها كالاتلاف والجنايات هذا النوع من الأفعال ليس مشمولاً للحديث المذكور وغيره من الأحاديث التي تعرضت لحكم أفعال الصبي والمجنون ونحوهما.

وبتعبير أكثر وضوحاً، هو أن المرفوع عن الصبي والمجنون ومن بحكمهما الآثار المترتبة على الأفعال بما هي مقصودة لفاعلها، والضمان في مورد الاتلاف والجنايات ثابت لهذين الموردين بذاتهما وبدون أي شرط آخر[1].

وأما المعتوه فهو المصاب بخلل في عقله يؤثر عليه احياناً ويلحقه بالمجانين، ويبدو احياناً هادئاً كالعقلاء فلا يستقر على حالة من نوع واحد، وقد الحقه الأحناف بالصبي المميز فأجازوا تصرفاته النافعة له بدون اجازة وليه، وأبطلوا من تصرفاته ما كان مضراً بحاله كطلاقه لإمرأته واقتراضه لماله وهباته على حد تعبيرهم سواء أجازها الولي أم لا، كما صححوا من تصرفاته ما كان محتملاً للنفع والضرر باذن الولي كبيعه وشرائه. والحقه المالكية

(١) انظر منية الطالب في شرح المكاسب للخوساري ص ١٧٣ و١٧٤.

بالصبي سواء استمر جنونـه أو كان في حـالة دون اخـرى، ووافقهم على ذلك الحنـابلة، ولم يفـرقـوا بينهمـا إلاّ من نـاحيـة واحــدة وهي أن الصبي إذا بلغ مجنوناً لا يحجر عليه إلاّ بحكم الحاكم بخلاف المعتـوه فتكفي حالتـه للحجر عليه(١).

وليس للمعتـوه حكم يختص به في الفقـه الجعفري، فـان كانت حـالته مستمرة فهو من المجـانين الذي لا تصـح تصرفـاتهم والتزامـاتهم ولو أذن بهـا الـولي، وإذا لم يكن بهذه الحـالة بـأن كان يصحـو احيـانـاً ويحتفظ بشعـوره ومداركه ويغيب احياناً أخرى، فما يصـدر منه في حـال صحوه وسـلامته يقـع صحيحاً وتترتب عليه آثاره، وما يصدر منه في حال جنونه يقع فاسداً(٢).

وقد اختار الدكتور محمد يوسف رأي الجعفريين في هذه المسألة، قال في كتابه المدخل لدراسة نظام المعاملات: الحق فيما نـرى أن نجعل الحكم في تصرفاته من حيث الصحة والبطلان تبعا لحالته العقلية ومقدار ادراكه، فان كان كالصبي المميـز الحق به، وإن كـان دونه كـان حكمه حكم غيـر المميز، وهكـذا يختلف الحكم على تصـرفـاتـه بـاختـلاف مـا هـو عليـه حين صـدور التصرفات منه وإلى هذا الرأي ذهب الدكتور سليمان مـرقس في كتابـه نظريـة العقد.

قال في الكتاب المـذكور: العتـه مرتبـة من الجنون، وقـد نصت المادة ١١٤ من القـانون المـدني على ان تصرف المعتـوه والمجنون يقـع باطـلاً إذا صدر بعد قرار الحجر، أما إذا صدر قبل ذلك فـلا يكون بـاطلاً إلاّ إذا كـانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بيِّنـة منها(٣) ومـا أورده الـدكتور مـرقس عن القـانـون المـدني، هـو الـذي استقـر عليـه الفقـه

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ٢٦٧ من كتاب الحجر.

(٢) انـظر بلغـة الفقيـه كتـاب الـوصيـة شـرائط الـوصي والمـوصى بـه، والجـواهـر شـرائط المتعاقدين.

(٣) نظرية العقد ص ٢٦٨، والمدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٣١.

الجعفري، فان الأمراض العقلية انما تمنع من صحة التصرفات إذا اقترنت بتلك التصرفات، ولا تؤثر في صحة التصرفات الواقعة في حالة السلامة، ومع الجهل بالحال كما لو تردد الأمر بين وقوع المعاملة في حالة الصحة أو الخلل فلا يبعد البناء على صحة العقد في مثل هذا الفرض اعتماداً على اصالة الصحة في العقود[1].

ومن الموانع عن صحة التصرفات والمعاملات السكر، وهو من العوارض التي تعرض على الانسان نتيجة لبعض المشروبات التي تحدث اختلالاً في العقل بحيث يفقد توازنه في فترة من الزمن تطول وتقصر حسب انواع المشروبات واستعداد الأجسام، وقد يصبح الانسان بحالة يفقد معها الوعي والقصد في أفعاله وأقواله، وقد أجمع الجعفريون في فقههم على عدم صحة عقوده ومعاملاته وطلاقه وغير ذلك من العقود والايقاعات، كما لا تصح منه العبادات على اختلاف أنواعها في تلك الحالة ما دام فاقداً لشعوره وإدراكه، بل هو كالمجانين والصبيان من حيث عدم ترتيب الآثار الشرعية على تصرفاتهم التي اعتبرها الشارع موضوعاً للآثار إذا صدرت عن قصد واختيار، وذلك من غير فرق بين أن يكون السكر ناتجاً عن أمر يباح له فعله كما لو شرب الخمر للتداوي ونحوه، أو استعمله تشهياً اشباعاً لشهواته وغرائزه، ومن غير فرق بين أن يكون مضطراً لشربه أو مختاراً في ذلك.

ومجمل القول أن الفقه الجعفري ينظر اليه بذاته مع قطع النظر عن جميع الأسباب والملابسات التي قضت على الانسان ان يستعمل هذا النوع من المشروبات المؤدية الى عدم التوازن، وكل ما في الأمر انه اذا كان مضطراً اليه، كما لو أكره على شربه، أو استعمله للتداوي ونحوه لا يكون مسؤولاً عند الله في مثل هذه الحالات.

---

(١) الا أن يرجع الشك في المقام إلى الشك في صدق العقد بناء على أن سلامة المتعاقدين من هذا العارض من أركان العقد وحينئذ لا نحرز وجود العقد ما دمنا نحتمل وقوعه في حالة الجنون، لأن أصالة الصحة في العقود إنما تثبت صحة العقد بعد إحراز وجوده.

ويلتقي الجعفريون مع جماعة من الفقهاء في هذه المسألة وعلى رأسهم ابن القيم في اعلام الموقعين.

قال في المجلد الرابع من الكتاب المشار اليه بعد أن ذكر جماعة من القائلين بصحة عقوده وطلاقه ويمينه: «والصحيح أنه لا عبرة بأقواله من طلاق وعتاق وبيع وهبة ووقف واقرار ونحو ذلك لبضعة عشر دليلاً بالاضافة الى الآية الكريمة: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾**»[1].

والرأي الشائع المنتشر بين فقهاء أهل السنّة صحة صلاته وجميع عقوده ومعاملاته ويؤيد ذلك ما جاء في المدخل لنظام المعاملات للدكتور محمد يوسف: «أما جمهرة الفقهاء فلا تنظر الى السكر لذاته باعتبار كونه مزيلاً للعقل الذي هو المناط في التكليف وصحة التصرفات من حيث ترتيب الآثار عليها، وانما ينظرون اليه من ناحية أسبابه، وانه وقع منه باختياره أم كان مكرهاً عليه. ومن أجل ذلك يفرقون بين أن يكون بأمر مباح كالبنج والدواء والإكراه الملجيء ونحو ذلك وبين أن يكون بارادته واختياره فان كان بأمر مباح لا تصح تصرفاته ذوات الآثار الشرعية، لكونه معذوراً والحالة هذه، ولأنه في هذه الحالة غير قادر على امتثال الأحكام الشرعية، فلا يصح خطابه وهو بهذه الحالة، وان وقع منه ذلك بدون سبب ملجيء اليه وبدون مسوغ لشرب المسكرات، تصح منه جميع عقوده وتصرفاته من طلاق وبيع واجارة وهبة وغير ذلك، وتلزمه جميع احكام الشرع عقوبة له وتنكيلاً به، واختار هو رأي الامامية في هذه المسألة[2] المستمد من نصوص الكتاب والسنّة النبوية، والمرويات الكثيرة من أئمة الشيعة (ع) هذا بالاضافة الى النصوص التي اعتبرت العقل من الشروط العامة التي لا بدّ منها في صحة التكليف وفي نفوذ التصرفات ذوات الآثار الشرعية كالعقود ونحوها، والمجنون يفقد ادراكه وتوازنه.

---

(١) انظر المجلد الرابع من أعلام الموقعين ٤٧ و٤٩.

(٢) انظر المدخل ص ٢٣٣ و ٢٣٤.

السفـــــه
(٦)

ومن عوارض الأهلية السفه، وهو عبارة عن التصرف في الأموال في غير الأغراض الصحيحة كمـا نصَّ على ذلك جمـاعة من الفقهـاء، ويقابله الـرشد الذي لا بدَّ منه في صحة التصـرفات، فـإن لم يكن رشيداً بـأن كان مبـذراً لا يضع الأمور في محلها ولا يحسن ادارة أمواله لا تصح معاملاته وإقراراته سواء تعلقت بـالأعيان الخـارجية أو بـالذمـة، ولا يلزم من بطلان تصـرفاتـه الماليـة بطلان جميع تصرفاته التي لا تتعلق بأمـواله كـطلاقه، وإقـراره بالنسيب ونحـو ذلـك مما لا يعـود الى التصرف بـأموالـه، ومن ذلـك تبين أن السفـه لا يلحق الانسان بالأطفال والمجانين الفاقدين لأهلية التصرف في كـل شيء، فالسفيـه يملك أهلية التصرف ولكنها أهلية ناقصة لا تتعدى حدود التصـرف في أموالـه حـرصاً على أمـواله من الضيـاع والتلف، لكي لا يؤدي به الحـال الى تبـذيـر أمـواله، وبـالتالي الى تكفف أوجـه النـاس فيمـا لـو تـرك لـه الشـارع حـريـة التصرف، ولذلك قد حجر عليه الشارع أن يبيع ويؤجر ويهب ويقر بـالأموال، ولـو فعل شيئـاً من ذلك بعـد التحجير عليـه لا تترتب على أفعـاله الآثـار التي أقـرَّها الشـارع وتسالم عليهـا العقلاء وأهـل العـرف، فلو اشتـرى السفيـه من شخص لا يصـح البيع والشـراء ويسترجـع البائـع المبيع من السفيـه لـو كـان

موجوداً، فإن أتلفه السفيه لا يكون مضموناً عليه، لأن البائع بعد علمه بسفه المشتري وبأن السفيه لا تصح معاملاته يكون قد عرض ماله للتلف، كما ذهب الى ذلك اكثر الفقهاء. ورجّح في الجواهر الضمان على السفيه في هذه الصورة، وذلك لأن التسليط الحاصل من البائع لم يكن مطلقاً وعلى كل حال حتى ولو يسلم له الثمن، وانما هو في مقابل العوض الذي تم الاتفاق بينهما عليه في مقابل البيع.

والمتحصل من ذلك أنه لم يأذن له باتلاف ماله اذناً مطلقاً ليكون هو المسقط لاحترام ماله، بل كان اذنه مشروطاً بسلامة العقد الموجب لدخول العوض في ملكه، وحيث لم يتحقق الشرط يمتنع وجود المشروط وهو الاذن بالتصرف فيه على كل حال[1].

وهل يحجر على السفيه أن يتصرف بماله بمجرد ظهور السفه أو يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم بالتحجير الذي رجحه المحقق في الشرائع ووافقه الحجر عليه على حكم الحاكم بالتحجير الذي رجحه المحقق في الشرائع ووافقه عليه جماعة من المتأخرين عنه من الفقهاء الجعفريين ان له أن يتصرف في أمواله بالبيع والشراء ونحوهما من التصرفات الناقلة قبل التحجير عليه من واعتمدوا في ذلك كما يبدو من النصوص الفقهية على أن السفه ليس من الأمور الواضحة التي لا تقبل الجدل والتشكيك، ولذا كان محلاً لاختلاف الآراء، فبيّن من توسع فيه لصورة الانفاق لكل ما لا يليق بحاله حتى ولو كان الانفاق في الخيرات بنحو لم يكن لائقاً به، فضلاً عن الانفاق في المحرمات، وبين من اقتصر على صرف المال في غير الأغراض الصحيحة بنظر العقلاء، ولأجل ان معناه لم يكن واضحاً عند الجميع كان من المواضيع الاجتهادية، والمواضيع التي بهذا النحو إذا كانت موضوعاً لأثر شرعي أو لحكم شرعي لا بد من تحديد موضوعاتها من قبل الشارع، كما وأن أحكامها

(١) انظر كتاب الحجر من الجواهر مسألة بطلان البيع بعد الحجر على السفيه.

بيده رفعاً ووضعاً. هذا بالاضافة الى احالة الصحة في التصرفات الصادرة من السفيه قبل التحجر عليه، وإلى اصالة عدم المانع في نفوذ تصرفاته في هذه الحالة، ما دمنا نحتمل أن السفه وحده لا يمنع من نفوذ التصرفات.

أما بالنسبة الى صحة تصرفاته بمجرد زوال السفه وقبل حكم الحاكم، فالاستصحاب يقضي بعدم صحة تصرفاته قبل الحكم بزوال الحجر عنه.

وفي مقابل هذا الرأي رجّح أكثر الفقهاء ومنهم صاحب الجواهر أن الحجر لا يتوقف ثبوته عند ظهور السفه، ولا زواله عند حصول الرشد على الحكم به من قبل القاضي الشرعي اعتماداً على الآية الكريمة:

﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً﴾.

وقد جاء في تفسيرها: أن المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم، وذلك للقرائن المحيطة بها والتي منها قوله وارزقوهم واكسوهم، ومن المعلوم أنه لا يجب الانفاق على السفهاء من غير أموالهم، وهذا التفسير لا يتنافى مع اضافة الأموال الى المخاطبين، وذلك لأن الاضافة تصح لأقل مناسبة كما يظهر من التتبع في موارد استعمال الألفاظ، والمسوغ لها في المقام هو أن الأولياء مكلفون بحفظها والتصرف فيها لمصلحة السفهاء، فهم لذلك بمنزلة المالكين لها، وبذلك تتم دلالة الآية على أن السفه بنفسه يمنع من صحة التصرفات المالية التي يقوم بها السفيه قبل التحجير عليه من الحاكم.

على أنه لو صحت التصرفات بمجرد ظهور السفه وقبل الحكم عليه بالتحجير، كما هو الظاهر من القائلين بأن ظهور السفه لا يكفي لأن يكون بنفسه مانعاً عن صحة معاملات السفيه، لم يكن الرشد شرطاً في تمكينهم من أموالهم، مع أنه هو المستفاد من منطوق الآية الكريمة:

﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم﴾[(١)].

---

(١) انظر المصدر السابق كتاب الحجر.

ثم إن الخلاف الواقع بين فقهاء الإمامية في احكام السفه، هذا الخلاف الذي اشرنا اليه بصورة موجزة وبدون تحقيق لبيان الصحيح من تلك الآراء، واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة.

فالأحناف والشافعية توسعوا في معنى السفه الى حد الإسراف بالمال وصرفه في المحرمات واللهو والخيرات إذا كان انفاقه في هذا السبيل مضراً بحاله، وقد استثنى الشوافع هذا النوع من التصرف عن حدود السفه[1].

ويرى أكثر الأحناف أن الرشد والسفه باعتبارهما صفة للمكلف لا بد فيهما من حكم الحاكم، وخالفهم في ذلك محمد بن الحسن والمنسوب إلى أبي حنيفة الزعيم الأول لهذا المذهب، أنه لا يجوز التحجير على العاقل وان كان سفيهاً، فاذا لم يثبت رشده لا تسلم اليه امواله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فاذا تصرف في ماله قبل بلوغ هذا السن كان تصرفه صحيحاً نافذاً وان لم يثبت رشده قبل بلوغ هذا السن، لأن التحجير عليه يتنافى مع حريته وانسانيته، وهما أجل خطراً من المال الذي يراد حفظه بالتحجير عليه، وتصح عقوده وتصرفاته المالية باذن الولي كما تصح عقود الصبي المميز.

أما نكاحه وطلاقه وعتقه ووصيته بثلث ماله فلا خلاف عندهم في نفوذها إذا كان بالغاً.

ويدعي المالكية في هذه المسألة، أن السفه هو عبارة عن سوء التصرف بالمال، ولم يتخطوا هذا التعبير في مقام تحديد المعنى الشرعي للسفه، وهو لا يتنافى مع التحديدات التي نقلناها عن الجعفريين وغيرهم من الفقهاء، وأضاف المالكية إلى ذلك أن الشخص إذا اتصف بهذه الصفة سواء كان ذكراً أو أنثى يستحق التحجير عليه، فان عرض له السفه بعد بلوغه ولو بسنة، فإن الحجر عليه في هذه الحالة من حقوق أبيه لأن ذلك الزمن قريب من حد البلوغ فهو بحكم الصبي، وإذا عرض عليه بعد مضي زمن على البلوغ اكثر

(١) وقد أشرنا فيما مضى أن تحديد السفة بهذا المقدار وأي جماعة من فقهاء الإمامية.

من ذلك، فالذي يتولى التحجير عليه الحاكم الشرعي، فإن بلغ الصبي سفيهاً وكان يتيماً، ولم يجعل الحاكم له قيماً وتصرف في أمواله في هذه المرحلة من حياته تصح تصرفاته لعدم ما يمنع من صحتها ما دام الحاكم لم يحجر عليه.

ولا يرتفع الحجر عنه اذا عاد لرشده بعد سفهه إلا بحكم الحاكم، ولو عرض عليه السفه بعد البلوغ، وتصرف في أمواله قبل أن يحجر عليه الحاكم تصح تصرفاته المالية وغيرها، هذا إذا كان السفيه ذكراً، أما الأنثى فتصح تصرفاتها المالية إذا كانت بالغة سفيهة عند جماعة منهم، ورجَّح بعضهم عدم نفوذ تصرفاتها إلاَّ إذا تزوجت ودخل بها زوجها واقامت معه مدة من الزمن، والصغيرة يستمر الحجر عليها حتى تبلغ رشيدة وتتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد بالاضافة الى ذلك عدلان من المسلمين برشدها، فإن تزوجت ولم يدخل بها الزوج يستمر الحجر عليها ولو شهد أكثر من عدلين برشدها.

وقال ابن رشد في بداية المجتهد: ولأصحاب مالك اقوال غير هذه، منها انها تبقى في ولاية ابيها حتى تمر عليها سنة بعد دخول زوجها بها.

ومنها أنها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سنتان بعد دخول الزوج بها.

ومنها أنها تبقى في ولايته حتى تمر عليها سبعة أعوام من تاريخ دخول الزوج بها[1]. وذهب الشوافع إلى أن الصبي إذا بلغ رشيداً وعرض عليه السفه وتصرف في أمواله بيعاً وشراءً قبل التحجير عليه تصح تصرفاته المالية بأجمعها، كما يصح طلاقه وخلعه لامرأته قبل الحجر عليه وبعده، ولا تبرأ ذمة المختلعة إلاَّ إذا دفعت عوض الخلع لوليه[2] ولا يصح نكاحه إلاَّ بإذن وليه، وإذا عيَّن له الولي امرأة خاصة فتزوج من غيرها لا يصح العقد، ولا

---

(١) انظر كتاب الحجر ص ٢٢٦ من بداية المجتهد لابن رشد.

(٢) قال في الشرائع: ولا يجوز تسليم عوض الخلع إليه، وأضاف في الجواهر إذا كان ما لا دان كان هو الذي أوقع الخلع.

يلزمه شيء من المهر فيما لو تزوج بدون اذن الولي وإن لم تعلم الزوجة بسفهه[1] كما لا تصح اقراراته بالمال. وقال جماعة منهم أن معاملاته بعد التحجير عليه لا تصح منه ولو أذن له الولي ولم يتعدى الحدود المأذون بها.

ويبدو أن الحنابلة أكثر انسجاماً مع الأدلة من فقهاء المذاهب الثلاثة، فلقد صححوا عقوده وتصرفاته إذا كانت بإذن الولي لا غير، كما صححوا نكاحه مع الحاجة اليه بمهر المثل بدون اذن الولي حتى ولو منعه منه، ويصح عندهم منه الظهار والإقرار بالنسب، وتلزمه احكامه من النفقة وغيرها كما يصح منه الاقرار لغيره بالأموال سواء كان المقر به من الأعيان الخارجية أم في الذمة، ويلزم باقراره بعد رشده وزوال الحجر عنه ولو علم وليه بصدقه فيما اقرّ به لزمه الوفاء مما في يده من أموال المحجور عليه.

ويختلف الحنابلة عن الجعفريين في هذه المسألة اختلافاً كلياً فقد اجمع فقهاء الإمامية على بطلان اقراراته بالأموال من غير فرق أن تكون في الذمة أو في الأعيان الخارجية[2].

ويبدو من مجموع ذلك أن الخلاف بين الإمامية وغيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة بعينه إلّا ما شذّ واقع بين فقهاء الإمامية انفسهم.

والرأيان اللذان نقلناهما عن الإمامية بالنسبة الى أن السفه بمجرده سبب في التحجر على السفه كما رجّح ذلك في الجواهر، أو أن السفه لا يكفي إلّا بعد الحكم بالتحجير من قبل الحاكم كما ذهب الى ذلك المحقق في الشرائع وجماعة من المتقدمين عليه والمتأخرين عنه من الفقهاء هذان الرأيان

---

(١) ونقل في الجواهر عن العلامة في التذكرة والشيخ الطوسي في المبسوط أن السفيه لو تزوج بغير إذن الولي مع الحاجة إليه وعدم موافقة الولي على زواجه كان نكاحه صحيحاً نافذاً، ولا خلاف بين فقهاء الإمامية على صحة نكاحه إذا أذن له الولي وعين له المهر والزوجة، وإن عين له الزوجة دون المهر صح نكاحه بمهر المثل وألغي المهر الذي عينه الزوج.

(٢) انظر المصدر السابق والمسالك للشهيد الثاني كتاب الحجر.

متساويان من حيث الشهرة بين فقهاء الإمامية تقريباً، ويلتقي الرأي القائل بأن التحجر على السفيه لا يكون إلاَّ بحكم القاضي ولا يرتفع إلاَّ بحكمه، هذا الرأي يلتقي مع المادة ٦٥ من القانون المدني المصري المتعلق بالولاية على المال، فلقد جاء فيها: انه يحكم بالحجر على البالغ للجنون والسفه، ولا يرتفع الحجر إلاَّ بحكم، كما نصَّت المادة المذكورة ان المحكمة اذا اوقعت الحجر عليهما صارا ناقصي الأهلية كالصبي المميز، فيسري على تصرفاتهما التالية لتسجيل قرار الحجر ما يسري على تصرفات الصبي المميز، اما التصرفات السابقة على قرار الحجر فلا تكون باطلة ان كانت من التبرعات، ولا قابلة للابطال ان كانت من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إلاَّ إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطىء كما نصَّ على ذلك ١١٥.

الأولياء ومراتبهم:

ويتفق القانون المدني مع الفقه الشيعي في مراتب الأولياء على أموال القاصرين لصغر أو جنون، فالولاية أولاً للأب والجد ثم للوصي الذي يعينه الأب، فان لم يكن احد من هؤلاء تكون الولاية للحاكم، هذا الترتيب بعينه هو المتفق عليه بين الجعفريين، أما اذا كان التحجير على البالغ لسفه أو افلاس أو جنون طارىء بعد البلوغ، فالولاية عليه للحاكم عند أكثر الجعفريين، وذهب جماعة منهم الى بقاء ولاية الأب عليه بالنسبة الى الجنون الطارىء عليه بعد البلوغ، كما ان الأعمال التي يسوغ للوالي مباشرتها تتفق في الغالب مع آراء الجعفريين[1].

قال الدكتور مرقس في نظرية العقد: ان الأب يملك ان يباشر عن ولده جميع التصرفات النافعة ولا يملك مباشرة التصرفات الضارة إلاَّ إذا كانت أداء

(١) نظرية للعقد للدكتور سليمان مرقس ص ٢٢٩ إلى ص ٢٣٤، وانظر الجواهر في الفقه الجعفري الفصل الذي نص فيه على أحكام السفيه، بلغة الفقيه لبحر العلوم مسألة الولاية.

لواجب انساني أو عائلي وأذنت بها المحكمة[1] أما التصرفات التي تدور بين النفع والضرر فيملكها الأب[2].

وعند الجعفريين ان الولي الجبري يملك التصرفات النافعة بالاتفاق، ولا يملك الضارة بالاتفاق ايضاً، أما التي لا تضر بحاله ولا تجلب عليه نفعاً فقد رجَّح جماعة بأن له أن يقوم بهذا النوع من التصرف، والذي ذهب اليه اكثرهم انه لا يملك إلاَّ ما كان فيه مصلحة للمولى عليه، وأصرح الأدلة التي اعتمدها هذا الرأي قوله تعالى:

﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلاَّ بالتي هي أحسن﴾[3].

واذا انقطعت ولاية الأب عليه بالبلوغ والرشد ثم طرأ عليه سبب يقتضي التحجير فلا تعود الولاية عليه للأب كما نصَّت على ذلك المادة ١٨ من قانون الولاية على المال كما صرَّح بذلك في نظرية العقد، ونصَّ عليه فقهاء الشيعة ايضاً.

قال السيد محمد بحر العلوم: لو كان الجنون عارضاً عليه بعد البلوغ والرشد فالأقوى ولعله الأشهر ان الولاية في مثل ذلك للحاكم الشرعي دون الولي الاجباري لانقطاع ولايته بالبلوغ والرشد، ونظير ذلك ما لو بلغ سفيهاً بنحو لم يكن بعد بلوغه متصفاً بالرشد، وفي هذا الغرض رجَّح جماعة من الفقهاء منهم صاحب الرياض والشهيدان وغيرهم ان ولاية الأب تبقى مستمرة عليه[4].

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن للأب أن يبيع لابنه الصغير وأن يشتري له ويبيع من أمواله المنقولة وغيرها بشرط أن يكون البيع والشراء بمثل

---

(١) والمقصود من كونها أداء لواجب إنساني وعائلي هو أن يترتب على التصرف بما له مصلحة عامة تفيد الإنسانية وتخدم المصلحة العامة.

(٢) نظرية العقد ص ٢٣٢.

(٣) بلغة الفقيه مبحث ولاية الأب على ولده الصغير.

(٤) انظر البلغة والرياض في الفقه الجعفري كتاب الحجر.

القيمة لا بأزيد منها اذا كان في ذلك مصلحة للقاصر واشترط الأحناف بالاضافة الى ذلك بالنسبة الى بيع الأشياء الثابتة أن يكون الأب محمود السيرة بين الناس، أو مستور الحال، وفي الأشياء المنقولة يصح البيع إذا كان لمصلحة الصغير ولو كان الولي الجبري سيء السيرة على أصح الأقوال[1]. وكما تكون الولاية للأب على ولده الصغير تكون ايضاً لجده لأبيه، وله أن يباشر جميع الأعمال الثابتة للأب بالشروط السابقة.

ولو اجتمع الجد مع الأب، فالأشهر عند فقهاء الإمامية اشتراكهما في الولاية، وفي مقابل هذا الرأي يأتي الجد في رتبة متأخرة عن الأب، وعند القائلين بالاشتراك لا فرق بين الجد الأدنى والأعلى فيما لو وجد أب القاصر مع جد ابيه، وقد اعتمد انصار هذا القول على رواية عبيد بن زرارة، قال: قلت لأبي عبدالله الصادق (ع) «الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل، ويريد جدها أن يزوجها من رجل آخر، قال الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً ولم يكن قد زوَّجها الأب قبله، ويجوز عليها، تزويج الأب والجد».

ومع أنها قد نصَّت على اعطاء الأب حق الأفضلية في مورد التعارض بينهما، فقد دلت ايضاً على نفوذ عقد الأب فيما لو كان هو السابق الى تزويجها، والمستفاد منها ان الولاية ثابتة لكل منهما من حيث المبدأ، إلَّا أن الجد له حق الأفضلية لو لم تتفق ارادتهما على شخص بعينه.

وفيما يتعلق بصلاحية الوصي المختار من قبل الولي الجبري، فولايته، على أموال القاصرين مستمدة من سلطة الولي، فإن قيدها بناحية من النواحي فليس للوصي أن يتعداها، وإن لم يحدد له أنواع التصرف، فله أن يتصرف في أموالهم بما يعود عليهم بالمصلحة كالبيع والاجارة والمزارعة ونحو ذلك، وليس له في هذه الحالة أن يستعمل كافة الصلاحيات التي كانت لوليهم الجبري كتزويج الصغير والصغيرة مثلاً، لاحتمال أن يكون ذلك للأب من

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة كتاب الحجر ص ٣٥٨ و٣٥٩ و٣٦٠.

حيث أبوته، وقد رجَّح أكثر الفقهاء: ان الوصي ليس له ان يباشر هذا النوع من التصرفات حتى لو جعل له الولي صلاحية القيام بهذا العمل، لعدم احراز قابلية هذا النوع من الحقوق للانتقال الى الغير، بالاضافة الى ان الصغيرين لا يحتاجان في الغالب للزواج.

وقد جاء في بعض النصوص ما يؤيد هذا الرأي وفي بعضها ان احدهم سأله عن رجل مات وترك اخوين وبنتاً صغيرة وابناً، فعمد احد الأخوة الوصي وزوج البنت من ابنه، ولما مات الوصي تولى الأخ الثاني تزويجها من ابنه، فقيل للجارية اختاري احد الزوجين فاختارت الثاني، فأقرَّ الامام (ع) اختيارها للذي اختارته، مع أن الزواج الأول كان بواسطة الأخ المفروض كونه وصياً عليها من قِبل ابيها، ولو كان للوصي صلاحية تزويجها بمقتضى وصايته، كان المتعين الغاء الزواج الثاني. والرواية بمقتضى اطلاقها تشمل صورة ما لو جعل الولي للوصي هذه الصلاحية[1].

وقال الأحناف: ان الولاية على الصغير لأبيه ومن بعده لوصيه ووصي وصيه ومن بعدهم للجد ولوصيه من بعده هذا بالنسبة الى الأموال، وبالنسبة الى النكاح فهي من بعد الأب للابن ولابن الابن وإن بعد، ثم للجد وإن كان بعيداً، ثم للأخ من الأب والأم، ثم للأخ من الأب، ثم لابن الأخ وللعم وابن العم، وهكذا بالنسبة الى درجات القرابة على الترتيب، واضاف الأحناف الى ذلك: ان لجميع هؤلاء ولاية النكاح بالترتيب المتقدم، ولهم اجبار الصغير والصغيرة في حال الصغر، وعند فقد العصبات تنتقل الولاية لذوي الأرحام الأقرب فالأقرب، وقال الشوافع: ان ولاية الجد على الصغير ليست في عرض ولاية الأب عليه، فاذا اجتمعا كانت الولاية للأب، إلَّا إذا كان ناقص الأهلية لسبب من الأسباب فتكون الولاية للجد في هذه الحالة.

واتفق الحنابلة والمالكية على ان الجد لا ولاية له على الصغير سواء

---

(١) انظر بلغة الفقيه بحيث ولاية الوصي المنصوب من قبل الأب على أولاده الصغار.

كان الأب موجوداً أو مفقوداً وكذا الحال بالنسبة الى الأخ والأم وسائر العصيات، واجازوا لمن يحضن الصغيران يتصرف في امواله لمصلحته، ولكن ليس عن طريق الولاية، بل اقراراً لسيرة أهل العرف والعقلاء الجارية بذلك[1].

وقد أقرَّ القانون المدني وصاية الوصي المختار، وهو من يعينه الأب وصياً على أولاده القاصرين واعتبره مقدماً على الجد في الولاية على مال القاصر بشرط أن يكون عدلاً يتمتع بالكفاءة والأهلية التامة، فإذا اجتمعت فيه هذه الشروط يملك التصرفات النافعة للقاصرين، أما غيرها من التصرفات فإن كانت ضارة لا تصح منه بحال من الأحوال، وإن كانت مرددة بين النفع والضرر بمعنى أنها محتملة لهما، فلا بد فيها من إذن المحكمة، وهذا يعني ان ولايته لا تتخطى التصرفات النافعة، وعد منها استثمار اموال القاصرين وتصفيتها، واقتراض المال واقراضه، وايجار العقارات التي يسلكها لأكثر من ثلاث سنوات، وايجار المباني لأكثر من سنة واحدة، والانفاق من ماله على من تجب نفقتهم عليه الى غير ذلك من التصرفات التي تتمخض لمصلحة القاصر[2].

ونظرية تقديم الوصي المختار على الجد وقصر تصرفاته على التصرفات النافعة، قد ذهب الى كل منهما بعض فقهاء الجعفريين، ذلك لأن القائلين بأن ولاية الجد في مرتبة متأخرة عن ولاية الأب، قد التزموا بتقديم الوصي المختار عليه، كما وان القائلين بأن تصرفات الأب لا تنفّذ إلاّ فيما فيه مصلحة لأولاده الصغار، لا بد أن يلتزموا بذلك بالنسبة الى وصيه، لأن صلاحية الوصي مستمدة من صلاحية الموصي، والذي رجَّحه في الجواهر

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ٢٥٧.

(٢) نظرية العقد ص ٢٣٤ و٢٣٥.

في مبحث الـوصية ان الـوصي المختـار من قبـل الأب ليس لـه التصـرف في أموال القاصر ولا تنفذ وصايته مع وجود الجد[1].

* * *

(١) الجواهر في الفقه مبحث الوصية.

المفلس
(٧)

لقد ذكرنا في تحديد معنى الذمة أنها عبارة عن أهلية الإنسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه كما نص على ذلك السنهوري في مصادر الحق والوسيط، والدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل، وقد ذكرنا أن الأنسب بمعناها أن تكون عبارة عن كونه أهلاً للحقوق التي عليه، أما الحقوق التي له فلا تدخل في معنى الذمة ، وذكرنا أن الذمة تلازم وجود الإنسان وتبقى له ما دام حياً، ولذلك فهو كما يملك منذ وجوده ، يغرم لغيره ما يجنيه على الأموال والأنفس، وكل ما يعرض على الإنسان من العوارض سواء كان طبيعياً كالنوم والغفلة والجنون، أم طارءاً كالسفه والفلس والمرض ونحو ذلك مما لا يوجب نقصاً في الانسان، هذه الحالات لا تمنع من أهلية الانسان لأن يكون موضوعاً للحقوق التي له وعليه ولا تفسد ذمته، وإنما تمنع من أهليته للتصرفات التي تنشأ الالتزامات، وتحد من صلاحيته لها، وأنها تختلف أشد الاختلاف من حيث مقدار تأثيرها على تصرفاته المالية وغيرها، فالصغر والجنون والنوم والسكر، هذه الحالات تجعل الانسان غير قابل لأداء أي عمل من الأعمال التي اعتبرها الشرع والقانون موضوعاً للأثر الشرعي.

أما السفه والفلس ونحوهما فإن تأثيرهما على أهلية الانسان تأثيراً ناقصاً، حيث إنه لا يفقد في مثل هذه الحالات إرادته وقصده اللذين لا بد منهما في إنشاء الالتزامات والحقوق ، ولا يفقد الانسان في مثل هذه الحالات أكثر من سلطنته المطلقة الثابتة لكل بالغ رشيد حرصاً على مصلحته ومصلحة المجتمع، بنحو يصبح تحت الرقابة فيما يعود إلى تصرفاته المالية، وتبقى له الأهلية المطلقة فيما يعود إلى حقوق الله سبحانه وحقوق غيره من أفراد المجتمع. والمديون الذي لا تزيد أمواله على ديونه قد ألغى الشارع سلطنته المطلقة عليها لمصلحة أصحاب الأموال التي في ذمته.

ومن مجموع ذلك تبين أن الإنسان أما أن يكون فاقداً لأهلية التصرف في أمواله بمعنى أنه لا يصلح لمباشرة أي عمل من الأعمال شرعاً وقانوناً كالصغير والمجنون ونحوهما، وأما أن يكون صالحاً بذاته، ولكن الشارع لسبب من الأسباب قد جرده عن صلاحياته المطلقة لمصلحة تعود عليه وعلى غيره كالمفلس والسفيه والمريض ونحو ذلك، وأما أن يكون كامل الأهلية ولم تصطدم أهليته بما يوجب تحديد تصرفاته، وهو البالغ الرشيد الذي له أن يتصرف بجميع أنحاء التصرفات في أمواله وجميع شؤونه.

ومهما كان الحال فالمفلس هو الذي لا يحق له أن يتصرف في أمواله بسبب تراكم الديون عليه، ولا يوصف بهذا الوصف إلا بعد التحجير عليه من قبل الحاكم ولا يتم ذلكُ إلا بشروط أربعة .

الأول: أن تثبت الديون عليه عند الحاكم الشرعي.

الثاني: أن لا تفي أمواله بقضائها.

الثالث: أن تكون مستحقة عليه، فلو كانت مؤجلة كلها أو بعضها ليس للحاكم صلاحية التحجير عليه في شيء من أمواله.

الرابع: أن يطلب أصحاب الديون التحجير عليه ومنعه من التصرف في الأموال التي بيده، فإذا اجتمعت هذه الأمور الأربعة منعه الحاكم من التصرف

في أمواله حرصاً على حقوق الآخرين، وكل تصرف يصدر منه بعد التحجير عليه يتوقف على إجازتهم، ونظراً لأن التحجير على المفلس مقصور على ناحية التصرف المطلق في أمواله المقابلة لديونه، فله أن يقترض في هذه الحالة وأن يشتري بمال في ذمته، ومع أن له ذلك فالمقرض والبائع الذي باعه بثمن في ذمته لا يشتركان مع الغرماء في أمواله إذا كان الدين أو البيع بعد صدور قرار التحجير عليه بمعنى أن أمواله يختص بها الغرماء أصحاب الديون السابقة على القرض والبيع.

أما لو أتلف مال غيره بعد التحجير عليه، أو أقر بدين سابق عنى التحجير، أو باع أحد أعيان أمواله لشخص، وصدقه المقر له، فقد ذهب جماعة من فقهاء الشيعة إلى مشاركة المقر له وصاحب المال التالف أصحاب الديون في أمواله، لأن الاقرار بالمال لا يقل أثراً عن البينة، فلو أقام مدعي الدين بينة على أن له في ذمة المحجور عليه مال، يشارك الغرماء الآخرين في أموال المحجور عليه، والاقرار لا يقل أثراً عنها.

ونص جماعة منهم العلامة في التذكرة والشيخ في الجواهر وغيرهما على عدم مشاركة المقر له وصاحب المال التالف الغرماء في الأموال التي بيد المفلس، وذلك لأن حق الغرماء قد تعلق بالأموال بمجرد صدور القرار بالتحجير ، فالاقرار المتأخر باعتباره مزاحماً لحقهم لا ينفذ الا على المقر بخصومه، لأنه بالنسبة اليهم اقرار بحق الغير، وكذلك بالنسبة لصورة اتلاف السفيه لمال الغير بعد التحجير عليه، فان حق الغرماء أسبق من حق صاحب المال التالف، وقد تعلق حقهم بأموال المديون قبل استقرار الضمان عليه نظير ما لو جنى الراهن، وليس له غير المال المرهون، فإن المجنى عليه لا يزاحم المرتهن في العين المرهونة، لأن حقه قد تعلق بها قبل الجناية الموجبة لضمان المجنى عليه[1] وقد ذهب الاحناف إلى عدم التحجير على المفلس

---

(١) انظر الجواهر كتاب الحجر.

مهما بلغت ديونه، لأن الحجر عليه يتنافى مع حريته، ولا يسلبه أهلية التصرف باعتباره من العوارض الضعيفة التي لا تستطيع مقاومتها، وخالفه بذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، وذهبا إلى أن للقاضي حق التحجير عليه عندما تستغرق الديون أمواله إذا تقدم الغرماء بطلب إلى القاضي بذلك.

وقال المالكية إن التحجير على المفلس من لوازم إفلاسه، وللغرماء الحق في إبطال جميع تصرفاته المنافية لحقوقهم ولا يحتاجون إلى قرار القاضي أو الحاكم بالحجر عليه.

وللحنابلة في هذه المسألة قولان، الأول أن الحجر عليه يتم بمجرد إفلاسه، والثاني نفوذ تصرفاته الواقعة قبل صدور القرار من القاضي بالحجر عليه، ورجح ابن القيم الرأي الأول، فنص على أن الديون إذا استغرقت جميع أمواله لم يصح تبرعه المضر بأصحاب الديون، لأن حقهم قد تعلق بأموال المديون، فهو أشبه بالمريض الذي يتصرف بما يخالف مصلحة الوارث والشريعة قد جاءت لتحفظ للناس حقوقهم وتسد الطرق المؤدية إلى إضاعتها وهذا الرأي هو الذي تبناه ابن تيمية ودافع عنه كما جاء ذلك في أعلام الموقعين[1].

وقد اشترط الشوافع في التحجير على المفلس الشروط الأربعة التي اشترطها الجعفريون، وأضافوا إلى ذلك: أن له أن يتزوج بمهر في ذمته ولا تزاحم الزوجة الغرماء الذي حجر عليه الحاكم لأجلهم، ويصح إقراره لغير الغرماء بأموال سابقة على قرار التحجر، ويشارك المقر له الغرماء في أموال المفلس، وإذا أقر بأنه استدان مالاً من شخص بعد التحجير عليه لا يقبل منه هذا الإقرار[2].

---

(١) انظر أعلام الموقعين لابن القيم المجلد الرابع ص ٦ و٧ والفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة ص ٣٧٣.

واختلف المالكية فيما لو كان الدين مساوياً للمال الموجود بيد المفلس، فقال بعضهم بأنه لا موجب للتحجير عليه.

وقال آخرون بأن ذلك موجب للتحجير عليه حفظاً لأموال الغرماء سواء كانت حالة أو مؤجلة، فلهم منعه من الهبة والتبرع والصدقة والوقف والضمان ونحو ذلك، وليس لأحد أن يقبل منه شيئاً بلا عوض، والحكم عليه بالتفليس من قبل الحاكم إنما يصح إذا كانت الديون أكثر من أمواله، وكانت حالة على شرط أن يتقدم الغرماء بطلب من الحاكم بتفليسه، وأضافوا إلى ذلك أن الدائن له أن يمنع المدين من السفر، ولو لم يكن الدين مستغرقاً لتمام المال، إذا كان السفر طويلاً بنحو يحل أجل الدين في حال غيابه.

ومجمل القول أن الدائنين إن لم يطلبوا من الحاكم تفليس الغريم لهم أن يمنعوه من جميع التصرفات الموجبة لنقص أمواله، الا ما جرت العادة عليه كالصدقات القليلة ونحوها من النفقات التي لا بد منها، وإن طلبوا تفليسه من الحاكم لا يحجر عليه الا بالشروط السابقة، وإن لم يرفعوا أمرهم إلى الحاكم وطلبوا الغريم فتهرب منهم، فلهم منعه من التبرعات وجميع التصرفات المالية سواء أوجبت نقص أمواله له أم لا[1].

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد أن الدين إذا استغرق أمواله، وظهر ذلك للحاكم فإن كان ملياً، فقد رجح الجمهور أن الحاكم يتولى بيع أمواله، لمصلحة غريمه، وإن لم يكن ملياً حكم عليه بالإفلاس وحجر عليه أن يتصرف في أمواله، ونسب ذلك لمالك والشافعي، كما نسب لأبي حنيفة وغيره من فقهاء العراق، إن الحاكم ليس له أن يحجر على المفلس ولا أن يتصرف في أمواله قسمة وتوزيعاً وله أن يحبسه حتى يدفع اليهم أموالهم.

* * *

---

(١) انظر المصدر السابق ص ٣٧٣ وما بعدها.

مرض الموت
(٨)

هـذا النوع من العـوارض أشبـه بسـابقـه، ذلـك لأن المـرض لا يسلب الإنسان أهلية التصرف من حيث ذاته، بمعنى أنه لا يجعل الانسان غير صالح للالزام والالتزام بنحو يصبح فاقداً لأهلية الأداء كالجنون والصغر والنوم ونحـو ذلك مما لا يتحقق معه القصد لمدلول العقـد، ويؤثر على شعـوره ومداركـه، فالأهلية فيه كاملة من جميع جهاتها، ولكن تأثيـر المرض على أهليـة التصرف عند القائلين بذلك من الفقهاء بالتعبد الشرعي مراعاة لمصلحة الوارث ولأجل ذلك ذهب جماعة من الفقهاء إلى أن تصرفات المريض بالهبة والبيع بأقل من الثمن ونحو ذلك إنما تصح فيما يعادل ثلث أمواله، وليس ذلك لأن حق الوارث متعلق بالزائد على الثلث بل لأن الشارع قد اعتبر المرض المؤدي إلى الموت كغيره من العوارض التي تحـد من سيطرة المـالك وسلطنتـه على ملكه ارفـاقاً بحال وراثه وتقديماً لمصلحتهم على مصلحة غيرهم، ويختص ذلك كما يبدو من الأدلة بالتصرفات المجـانية كـالهبات والعتق والـوقف مثلاً، وبـالعقود التي تكون بأقل من الثمن الواقعي، ولا يشمل البيع بالثمن المتعارف ولا صـورة ما لو وجب عليه في مرضه أن يصرف قسماً من الأمـوال لسبب كان قبـل حدوث المرض، كما لـو نذر في حـال الصحة أن يعـطي الفقراء، وكمـا لو أفـطر في

شهر رمضان ووجبت عليه كفارة الأفطار عمداً ، أو كفارة اليمين والعهد، أو اتلف في حال مرضه، أو احتاج إلى التصرف بماله لمؤنته ومؤنة من يعول به حتى ولو كان ضيفاً، هذه التصرفات وأشباهها تصح من المالك ولو استهلكت جميع أمواله كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية المدونة في مجاميع الفقه.

قال السيد كاظم في كتابه منجزات المريض: إن العقود المعاوضية كالبيع بثمن المثل والصلح والاجارة كذلك والهبة المعوضة ونحوها فإنها خارجة من أصل المال وكذلك إذا دفع المال لحفظ عرضه أو نفسه أو من يعول به أو لحفظ ماله وإن وقعت جميعها في حال المرض المؤدي إلى الموت.

كما وأن التصرفات الحاصلة من المريض إذا لم تتعلق مباشرة بالمال لا تدخل في النزاع الجاري بين الفقهاء في هذه المسألة أيضاً، كما لو ضمن المريض المال عن ذمة الغير تبرعاً، أو جعل نفسه كفيلاً لغيره، فهذا ونحوه مما لا يتعلق بالمال مباشرة ليس للورثة الحق في معارضته ولو انتهى الحال إلى غرامة المضمون وما على المكفول، لأن المريض لم يتصرف في حال مرضه بأمواله وإنما تصرف في ذمته، والذمة لا تضعف بالمرض ولا بالإفلاس والسفه كما بينا سابقاً ولذا فإن التحجير على المفلس والسفيه لا يمنعهما من التصرف في ذمتهما بالضمان والشراء ونحو ذلك من التصرفات التي لا تزاحم حقوق الآخرين المتعلقة بأموالهم، فما يحصل للمريض من التعهدات والالتزامات العائدة إلى ذمته تصح منه وإن انتهت بالنتيجة إلى غرامة المضمون والمال الذي على المكفول، وتصبح بعد الاستحقاق من جملة الديون التي تخرج من أصل المال، ولا تدخل في النصوص التي تدل على أن تصرفات المريض بيعاً وشراء بأقل من الثمن وغيرهما كالهبات والاعتاق ونحو ذلك إنما تنفذ من ثلث المال، لأن المستفاد من تلك النصوص التصرف المتعلق بالمال مباشرة.

فقد جاء في بعضها رجل وهب ماله في مرضه، وامرأة وهبت صداقها

لزوجها في مرضها، قال (ع): جاز له ما وهبته من ثلثها[1].

أما التصرف في الذمة كالأمثلة السابقة فلا تشمله النصوص التي تحد من صلاحية المريض في حال مرضه على أن جماعة من فقهاء الشيعة منهم المحقق في الشرائع قد الحقوا هذا النوع من التصرف بالتصرفات المتعلقة بالمال مباشرة، بحجة أن المستفاد من هذه النصوص مراعاة مصلحة الوارث والمتحصل منها أن كل تصرف يتنافى مع مصلحة الوارث، ولم يكن للمالك مصلحة فيه هذا النوع من التصرف لا ينفذ الا في ثلث أمواله سواء تعلق بأمواله مباشرة أو تعلق بذمته وسرى منها إلى المال كما لو ضمن أو تعهد بالمال ونحو ذلك.

ومهما كان المال فعدم نفوذ التصرفات المالية فيما زاد عن ثلث المال مراعاة لمصلحة الوارث كما ذكرنا، لا يعني أن الزائد عن الثلث قد تعلق به حق الوارث بمجرد المرض المؤدي إلى الموت كتعلق حق الغرماء في أموال السفيه، ولم يتضح من النصوص أن المنع عن هذا النوع من التصرف لأجل ذلك، وعن الجائز القريب أن يكون التحجير على المريض في حال المرض من الأحكام التعبدية للتوفير على الوارث. ولا بد في المرض الذي يحدد من صلاحية الانسان في التصرفات المالية، أن تتوافر فيه أمران:

الأول : أن يكون من الأمراض التي يخاف منها الموت في الغالب كما نص على ذلك بعض الفقهاء.

الثاني: أن يحدث الموت بسببه، فإذا اجتمع الأمران يتم الموضوع لهذه المسألة.

وبتعبير أكثر وضوحاً المراد بمرض الموت، هو أن يكون الشخص نفسه بحالة مرضية يكثر فيها الموت عادة بنحو يكون المريض متوقعاً للموت في مرضه ولذلك يتخذ مثل هذه الاحتياطات في أمواله بهذا النوع من التصرفات، فإذا

(١) انظر بلغة الفقيه منجزات المريض.

بلغ الإنسان هذه المرحلة وتصرف في أمواله بالهبة والبيع بأقل من الثمن الواقعي لا تنفذ تصرفاته بأزيد من ثلث ماله عند أكثر الفقهاء.

أما تحديده بما لا يقدر صاحبه على الصلاة قائماً، وبمن لا يستطيع المشي إلا مستعيناً بغيره، وبكونه صاحب فراش وبمن يعجز عن النظر في مصالحه، هذه التحديدات لم ترد في النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة، وإنما هي من نوع الاجتهاد في الموضوع الخارجي المبني على الحدس والظن، وقد أورد السيد كاظم في ملحقات شرحه لمكاسب الشيخ الأنصاري أقوالاً كثيرة لجماعة من الفقهاء في تحديد المرض، واختار أخيراً المعنى الذي ذكرناه أولاً، إلا أنه استثنى الأمراض المزمنة التي تعيش زمناً طويلاً مع أصحابها، وصحح جميع التصرفات التي تقع في أثنائها ما عدا التصرفات التي تقع في الجزء الأخير من حياة المريض.

وقد الحق بعض فقهاء الشيعة التصرفات الواقعة في الحالات المخوفة إذا تعقبها الموت بالتصرفات الواقعة في المرض، ومثل لذلك بما لو باع في حالة الحرب بأقل من الثمن، وبما لو باعت امرأة أو وهبت أموالها في حال الولادة، وبما لو باع الغريق أو وهب وهو يغالب الأمواج، وغير ذلك من الحالات التي يغلب فيها الهلاك والموت عادة[1].

ونص الدكتور محمد يوسف على ذلك في كتابه المدخل لدراسة الفقه الإسلامي قال في الكتاب المذكور: ولأن المهم في اعتبار مرض الموت، هو غلبة الظن بحدوث الموت بعده، الحق الفقهاء به حالات عديدة ليس فيها مرض، مثل ركاب السفينة لو جاءتهم ريح عاصف، والأسرى لدى دولة اعتادت أن تقتل من يقع أسير بيدها، ومن قدم للقتل قصاصاً وهو لا يرجو عفو أولياء المقتول[2].

---

(١) انظر ملحقات شرح المكاسب للسيد كاظم اليزدي مبحث منجزات المريض.

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٢٤٢.

والفرق بين الأمراض المزمنة وغيرها بالنسبة إلى هذه المسألة كما جاء في ملحقات حاشية السيد كاظم من حيث إن التصرفات الواقعة في أثناء المرض المزمن لا فرق بينها وبين التصرفات الواقعة في حال الصحة، هذه التفرقة قد أقرها القانون المدني المصري، وجاء في المادة ١٥٩٥ أن مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الأكثر ويموت على هذه الحالة، وقد مضى عليه سنة صاحب فراش كان أو لم يكن، وإن أقعده المرض دائماً يكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه، ويتغير حاله، ولو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة تكون العبرة بحاله من حين التغير إلى وقت الوفاة[١].

ومجمل القول انه لا ينبغي التردد في أن مرض الموت، هو عبارة عن المرض الذي يموت بسببه الإنسان من غير فرق بين أنواعه ومراتبه، وليس في النصوص الشرعية ما يشعر بتحديد المرض من حيث نوعيته ومرتبته، ولا يبعد استثناء الامراض المزمنة التي تعيش مع الانسان شطراً كبيراً من حياته واعتبار التصرف الواقع في المرحلة الأخيرة من حياته التي رافقها المرض من مصاديق هذه المسألة كما ذكرنا.

ولا بد للقائلين بأن تصرفات المريض بأمواله لا تنفذ إلا من الثلث، وفيما يزيد عنه لا بد من إجازة الوارث، لا بد لهم أن يلتزموا بأن حدوث الموت بعد المرض يكون كاشفاً عن أن سلطنة المالك على ملكه لا تتعدى حدود الثلث، وبذلك يكون للموت مفعول رجعي بالنسبة إلى التصرفات الواقعة في حالة المرض كالبيع بأقل من الثمن والهبة ونحوهما، ذلك لأن الإنسان حال حياته له أن يتصرف بماله بجميع أنحاء التصرف، والمرض بمجرده لا يوجب اضعاف سلطنة المالك، ولكن الموت المقارن للمرض قد اعتبره الشارع موجباً لقصر سلطنة المالك على جزء من الأموال التي بيده من حين حدوث المرض.

---

(١) المصدر السابق ١٤٣.

ومن مجموع ذلك تبين أن المرض لولا الدليل الشرعي لا يوجب اضعاف أهلية الإنسان عن التصرف في أمواله وفي ذمته، ما لم يؤثر المرض على عقل الإنسان ويسلبه إرادته واختياره ولذلك كان هذا الحكم مخصصاً للقواعد العامة التي تدل على نفوذ جميع تصرفاته مهما كان نوعها، كقاعدة السلطنة المستفادة من عمومات الكتاب والسنة، والعمومات الدالة على حلية البيع ووجوب الوفاء به، بالإضافة إلى استصحاب بقاء السلطنة المطلقة التي كانت له في حال الصحة، لأنه كان يملك التصرف المطلق قبل مرضه، ومقتضى الاستصحاب بقائها لو شككنا في تأثير المرض المقترن بالموت وعدمه.

وطرو المرض في زمان الشك لا يمنع من جريان الاستصحاب، لأن السلطنة من الأحكام الوضعية الثابتة للمكلفين مع قطع النظر عن الحالات والأعراض اللاحقة لهم، ومعنى ذلك أن الذي كانت له السلطنة هو المكلف لا يشترط كونه صحيحاً، فالشك في بقاء السلطنة في حالة المرض لا يوجب تبدلاً في موضوع الاستصحاب[1].

وعلى كل حال فقد رجح أكثر الفقهاء تساوي المريض والصحيح من حيث بقاء السلطنة المطلقة ونفوذ تصرفاته من أصل المال، ومصدر الخلاف بين فقهاء الإمامية في هذه المسألة اختلاف المرويات عن الأئمة (ع)، فقد نصت جملة منها على نفوذ تصرفات المريض في مرض موته من أصل ماله كما نصت طائفة أخرى منها على أن معاملاته بأقل من الثمن وهباته لا تنفذ إلا في ثلث ماله كما هو الحال في الوصايا المعلقة على الموت، وبما أن المرويات التي تنص على بقاء السلطنة المطلقة للإنسان ما دامت فيه الروح

---

(١) على أنه يمكن تصوير الاستصحاب بشكل آخر، بأن نقول: أن الإنسان في حال صحته كان لو تصرف ينفذ تصرفه من أصل ماله، فلو تصرف في مرضه وشككنا في نفوذ تصرفه من الأصل أو من الثلث بسبب اتصال موته بمرضه، فنستصحب بقاء نفوذ تصرفه من أصل ماله، ولا يلزم من ذلك أي محذور كما هو ظاهر.

أصرح من المرويات التي تحد من سلطنته في مرض الموت وأكثر وأصح سنداً تمسك بها أكثر الفقهاء والتزموا بتأويل تلك وحملها على الوصايا المضافة إلى ما بعد الموت، وقد جاء في جملة فيها: أن الإنسان أحق بماله ما دامت فيه الروح، وفي بعضها الآخر، هو ماله يصنع به ما يشاء[1].

والظاهر أن الرأي الثاني هو الشائع المعمول به بين فقهاء المذاهب الأربعة، فلقد جاء في نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس: أن الشريعة الإسلامية قررت حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به، بأن لا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الوارث إلا في حدود الثلث من التركة، وأضاف إلى ذلك أن المادة ٩١٦ من الفقه المدني نصت على أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويقصد به التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف[2].

ومهما كان الحال فإني لم أقصد بالتعرض لهذه المباحث الفقهية التحقيق العلمي، وتمييز الصحيح من غيره وإنما أردت من هذا العرض الموجز لأراء الجعفريين وغيرهم من الفقهاء، التمهيد للموضوع الذي وضعت هذا الكتاب من أجله، وهو نظرية العقد لاتصالها الوثيق بموضوع الكتاب، ولا بد لنا وقد انتهى بنا البحث عن تأثير المرض على أهلية المتعاقدين، أن يشير إلى مقدار تأثيره على إقرارات المريض المتعلقة بأمواله سواء تعلقت

---

(١) لقد وردت الجملة الأولى في أربع روايات لعمار الساباطي عن أبي عبد الله الصادق (ع) وروي عنه كل من سماعة وأبي بصير، أن المال ماله يصنع به ما يشاء، وروى عنه جماعة من تلاميذه أنه قال: للرجل عند موته الثلث والثلث كثير، وورد هذا المضمون مكرراً في عدد من الروايات، ولكن لما كانت تلك أصرح وموافقة للقواعد العامة تمسك بها أكثر الفقهاء والتزموا بحمل هذه الطائفة على الوصية وغير ذلك من التأويلات التي تناسبها، انظر منجزات المريض للسيد كاظم، والبلغة للسيد محمد بحر العلوم، والجواهر كتاب الحجر.

(٢) انظر نظرية العقد ص ٣٦٨.

بالأعيان الخارجية أو بذمته.

ويبدو أن الخلاف الواقع في تصرفات المريض كالبيع والهبات ونحوهما واقع في إقراراته المالية بشكل أوسع من الخلاف في غيره من التصرفات، والآراء فيه أكثر تشعباً من آرائهم في المسألة الأولى، وقد أنهاها في الجواهر إلى العشرة، ولكن أشهر الأقوال هو القول بأنها من الأصل مطلقاً مع التهمة وعدمها، وسواء كان المقر عادلاً أو لم يكن، وسواء كان لوارث أو لغيره من الناس[1] ويأتي بعده من حيث اشتهاره بين الفقهاء، القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها، بمعنى أن المقر إذا كان متهماً في إقراره كان إقراره نافذاً من ثلث ماله، وإن لم يكن متهماً يكون كالإقرار الصادر من الصحيح، ومصدر الخلاف الواقع بين الفقهاء في هذه المسألة، هو النصوص المروية عن الأئمة (ع) فيها، ولكل واحد من الأقوال العشرة شاهد من تلك المرويات.

والذي ادعاه السيد كاظم في الرسالة التي ألفها في منجزات المريض، أن القول بنفوذ الإقرار من الثلث على جميع التقادير لم يجزم به أحد من الفقهاء، وأن القول بالتفصيل بين التهمة وعدمها ليس بعيداً عن مؤدى النصوص الواردة في المقام بملاحظة سياقها والملابسات التي تحيط بها.

ومن ذلك ما جاء عن بياع السابري، قال سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن امرأة استودعت رجلاً مالاً فلما حضرها الموت، قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة، ثم ماتت المرأة، فأتى أوليائها وقالوا لقد كان لصاحبتنا مال عندك فاحلف لنا أن ليس لها مال قبلك، أفيحلف لهم قال (ع): إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، وإن كانت متهمة فلا يحلف لهم، ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه.

وروى أبو بصير عنه أيضاً أن المقر إذا كان مصدقاً نفذ إقراره في الجهة

---

(١) كما ادعى ذلك الشيخ النجفي في الجواهر.

التي أقر فيها، كما روى غيره عن الصادق (ع) أن المقر إذا كان مأموناً ينفذ إقراره من أصل المال، وروى عنه أيضاً منصور بن حازم أن المقر إذا كان مرضياً صح إقراره[1]، إلى غير ذلك من النصوص التي تشير إلى أنه لا بد من الاطمئنان إلى صدق المقر فيما أقر فيه. والمراد من التهمة المانعة عن العمل بالإقرار هي عدم الاطمئنان إلى وقوع المقر به خارجاً، إما لأن المقر ممن لا يوثق به بحسب العادة، أو لوجود بعض الإمارات والقرائن التي ترجح كذبه فيما أقر به، وإن كان ممن يوثق به عادة[2].

ثم إن النزاع القائم بين الفقهاء في هذه المسألة لا يتخطى الإقرار بالدين، أو بعين من أعيان ماله لشخص آخر سواء كان قريباً أم بعيداً، فلو أقر بغير ذلك يجب العمل بالإقرار وإن استلزم تضرر الوارث، كما لو أقر ببنوة ولد، أو بزوجية امرأة، أو بحق خيار لشخص وكان الفسخ موجباً لتضرر الوارث، أو بحق رهانة على العين، أو أقر بأن عليه مقدار من الصلاة والصيام، أو بحرية بعض عبيده ووقفية بعض أملاكه وملكية منافع داره وبستانه لغيره ونحو ذلك مما لا يكون المقر به ديناً أو عيناً من أعيان أمواله، وذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم الإقرار في مرض الموت لم تتعرض إلا للإقرار بالدين والعين، وبما أن إعطاء الإقرار حكم الوصية عند القائلين بذلك مخالف للأصول العامة القاضية بإلزام المقر فيما أقر فيه، فلا بد من الاقتصار على الموارد المنصوصة وهي خصوص الإقرار بالدين والأعيان الخارجية لا غير، والإقرارات التي ذكرناها، وإن كانت قد تؤدي إلى تضرر الوارث، باعتبار أنها تستلزم التصرف في أموال المورث، إلا أنها لما لم تتعلق بالأعيان ولا بثبوت دين على المقر مباشرة لم تدخل في موضوع النصوص الواردة لبيان حكم هذا

---

(١) والقائلون بالتفصيل المذكور جماعة من الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، ومنهم السيد كاظم في رسالته منجزات المريض، والسيد محسن الحكيم في رسالته منهاج الصالحين، والسيد أبو الحسن في وسيلة النجاة وغيرهم.

(٢) انظر الجواهر، ورسالة السيد كاظم في المنجزات، مسألة إقرار المريض.

النوع من الإقـرارات[1].

ومهما كان الحال، فلو نظرنا إلى الاقرار من حيث ذاته فلا بد من نفوذه والزام المقر بما أقر به كما تنص على ذلك القواعد العامة والنصوص المـروية عن الـرسول (ص) والأئمـة (ع) فلقد جـاء عنه أنـه قال: «إقـرار العقلاء على أنفسهم جائز» وقول المؤمن على نفسه أصدق من سبعين شاهداً.

وجـاء عن أحد الأئمـة (ع) أنه قـال: «لا أقبل شهـادة الفـاسق إلاّ على نفسه» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على الـزام المقر بـإقراره مـطلقاً على جميع التقادير، وبناء على ذلك، فلو لم يتضح لنا من النصوص مانعية التهمـة من نفوذ الإقرار وعـدمها فيتعين الـرجوع إلى الأصـول العامـة المقتضية لنفـوذ الإقرار على جميع التقادير.

نعم لـو قلنا بـأن الإقرار في مـرض الموت من جملة المنجـزات وبنينـا على أن المنجـزات لا تنفذ إلا في ثلث الـمال،أو قلنا بـأن الوارث في مـرض مورثه يثبت له الحق في ثلثي ماله لو التزمنا بأحد هذين الأمرين لا يكـون هذا النـوع من الاقـرار من مصـاديق تلك الأدلـة العـامـة، إذ بنـاءً على أنـه من المنجزات يتحتم إعطاءه حكمها، وبناء على أن حق الوارث في مرض مـورثه يتعلق بثلثي ماله، يكون إقرار المـورث في الزائـد عن ثلث المال إقـراراً بحق الغير.

أما لو بنينـا على أن الاقرار مـع التهمة لا ينفـذ إلا من الثلث كما رجـح ذلك جماعـة من مشاهيـر الفقهاء، فلو صـدرت بعض القرارات من المـريض وحصـل الشك في كـونـه متهمـاً بهـا أم لا، وكـان المعنى المـراد من التهمـة معلوماً، فلا يصح والحالة هذه الرجوع إلى العمـومات القـاضية بنفـوذ الإقرار

(١) انظر المصادر السابقة، وليس ببعيـد أن يكون ذكـر العين والدين في الـروايات من بـاب المثال والمقصود هو الإقرار الذي يضر بحال الوارث سواء تعلق بأموال المورث مبـاشرة أو بالواسطة كما هو الحال بالنسبة إلى الأمثلة التي أوردناها.

مطلقاً لأن الرجوع إليها في مثل هذه الحالات يلزمه إعطاء حكم العام لغير أفراده[1] ولا يجوز نفي التهمة المشكوكة بالأصول العدمية، إلا بناء على صحة استصحاب العدم السابق على وجود الموضوع[2] وقد رجح أكثر الأصولين عدم الاعتداد بهذا الأصل لأن الأثر الشرعي مترتب على الموضوع المتصف بهذه الصفة أو بعدمها وحينئذ يتعين نفوذ هذا النوع من الإقرارات في الثلث لا غير[3].

والخلاف الذي نقلناه عن الإمامية في إقرارات المريض، واقع بين فقهاء المذاهب الأربعة، إلا أنه عند الإمامية أوسع وأكثر تشعباً.

قال الدكتور محمد يوسف: وللمريض أن يقر بدين عليه لوارث أو أجنبي، فإن كان لوارث كان نفاذه بعد وفاته موقوفاً على إجازة باقي الوراث، لما في إقراره لأحدهم من تهمة أنه أراد إيثاره ببعض ماله على حساب الآخرين، وإلى هذا الرأي ذهب أحمد بن حنبل.

والمراد بالوارث عندهم ما كان سبب الأرث متحققاً له وقت الإقرار واستمر إلى تاريخ الوفاة، فإن لم يتحقق الأمران، كان كالاقرار للأجنبي في نفوذه من الأصل، فلو لم يكن للمقر ولد، وكان له أخ فأقر له بالمال ثم جاءه ولد قبل وفاته وبعد صدور الإقرار منه لأخيه لا ينفذ إقراره، ولو انعكس الأمر بأن لم يكن وارثاً حين الإقرار، ولكنه أصبح وارثاً حين الوفاة صح إقراره من الأصل، كما لو أقر إلى امرأة أجنبية عنه وتزوجها بعد ذلك لعدم كونه وارثاً حين الإقرار.

وقال في أعلام الموقعين: إقرار المريض لمورثه بدين باطل عند الجمهور للتهمة[4].

---

(١) وهو المراد من قول الأصوليين: لا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية.

(٢) وهو المعبر عنه في عرف الأصوليين بالعدم الأزلي.

(٣) انظر رسالة السيد كاظم في المنجزات.

(٤) انظر المجلد الرابع من أعلام الموقعين ص ٣٧ والتفصيل بين الإقرار لوارث ولغيره =

ورجح الشافعي مساواة الإقرار في المرض للإقرار في حال الصحة من غير فرق بين أن يكون للوارث أو للأجنبي.

وقال المالكية إن المقر إذا كان متهماً من إقراره كان كالمبتدع وإن لم يكن متهماً صح من أصل المال سواء كان لوارث أو لأجنبي، غير أنه إذا كان لغير الوارث لا ينفذ إلا بعد إخراج الديون الثابتة عليه قبل المرض سواء ثبتت عليه بالإقرار، أو البنية أو بمعاينة من شهود مهما كانت أسباب تلك الديون، ولم يفرق الظاهرية بين إقرار المريض وغيره بالنسبة لتصرفاته المالية من حيث نقودها من أصل المال على جميع التقادير والاحتمالات كما هو الحال في الإقرارات الصادرة من الصحيح[1] والظاهر أن الاختلاف الواقع بين فقهاء المذاهب الأربعة فيما يعود لإقرارات المريض كما ذكرنا، هذا الاختلاف لا يشمل بقية التصرفات التي تصدر منه كالهبات والبيع بأقل من الثمن ونحو ذلك وأنها إذا وقعت في مرض الموت تنفذ من ثلث المال.

وجاء في منار السبيل في الفقه الحنبلي أن المريض يحجر عليه أن يتصرف بأكثر من ثلث ماله، فإذا تصرف بأكثر من الثلث لا بد من إجازة الوارث، فهو في هذه الحالة كالمديون المفلس لا يملك التصرف فيما يزيد على ثلث المال[2].

* * *

ذهب إليه بعض فقهاء الإمامية، وهم بين من يدعي أن الإقرار للوارث من الثلث مطلقاً، وبين من يرى أنه مع التهمة ينفذ من الثلث وبدونها يكون من الأصل، وقد روى إسماعيل بن جابر عن الإمام الصادق (ع) ما يؤيد هذا التفصيل.

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٢٤٧ و٢٤٨.

(٢) انظر منار السبيل للشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم ص ٣٧٧، وغاية المنتهى إلى فقه الحنابلة.

العقد

لقد استعرضنا في المباحث السابقة بعض المواضيع الفقهية قبل الدخول في صلب الموضوع الذي سنحدث عن آراء الجعفريين فيه وآراء غيرهم من مدنيين وشرعيين، ذلك لأن المواضيع التي عرضنا الجانب المهم منها تتصل بموضوع الكتاب اتصالاً وثيقاً يسهل على الباحث التوصل إلى الحلول الصحيحة لأكثر المشاكل التي تعترض المؤلف في العقود، فمسألة الحق والحكم، والفرق بينهما وبين الملك من جهة أخرى، هذه المسألة بالإضافة إلى صلتها المباشرة بالعقود، قد اعتاد المؤلفون في هذه المواضيع على الحديث عنها في مباحث العقود.

وقد تحدثنا عن الذمة وأهلية المتعاقدين وعوارض الأهلية، كالجنون والسفه والمرض والفلس ونحو ذلك باعتبار أن سلامة المتعاقدين من هذه العوارض من الشروط التي لا تتم المعاملة بدونه، لذلك ولغيره من الملابسات قد عرضنا الجانب المهم من تلك المواضيع عند الشرعيين والمدنيين تمهيداً لموضوع الكتاب.

وبعد هذه الدراسة الاجمالية لتلك المواضيع ننتقل إلى دراسة العقد عند الجعفريين حسب الفصول التالية:

الفصل الأول: في تكوين العقد.

الفصل الثاني: في المتعاقدين وشروطهما.

الفصل الثالث: في محل العقد وتوابعه.

الفصل الرابع: في انحلال العقد وأقسام الخيارات.

الفصل الخامس: في الشروط وأحكامها.

الفصل الأول

في تكوين العقد

لقد نص الفقهاء أن المواضيع الفقهية تنحصر في الأمور الأربعة التالية، العبادات، والعقود والايقاعات، والأحكام الجزائية، وتشمل هذه أحكام الجنايات على النفس وأحد الأعضاء وأحكام السرقات وغير ذلك من العقوبات التي فرضها التشريع الإسلامي على بعض المخالفات مما هو من وظائف الحاكم الذي يتولى شؤون الأمة وإدارة أمورها.

أما العبادات بالمعنى الأخص، فهي عبارة عما يجب الإتيان به بقصد التقرب وهذه تشمل العباداة البدنية كالصلاة والصيام والحج، والمالية كالأخماس والزكوات وبالمعنى الأعم تشمل بالإضافة إلى ما ذكرنا الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والقضاء والولاية ونحو ذلك.

وأما الايقاعات، فهي عبارة عن الطلاق والعتق والوصايا العهدية وغير ذلك مما يتم بالإنشاء من طرف واحد، وفي مقابل ذلك العقود التي لا تتم إلّا بالإنشاء من الطرفين، كالبيع والصلح والاجارة، والنكاح والضمان والمزارعة والعارية والوديعة، ومن أمثلة ذلك العقود التعليقية، وهي عبارة عما يكون المنشأ بالصيغة معلقاً على حصول أمر، كالسبق والرماية، والجعالة بناء على

أنها لا تتم إلّا بالقبول ولكل واحد من هذه العقود أحكام تخصه وآثار لا تترتب على سواه، وقد تكلم الفقهاء عن كل واحد من هذه العقود من حيث موضوعه وآثاره وموارد انحلاله وشروطه.

وإذا رجعنا إلى المعنى اللغوي لكلمة العقد الذي هو عبارة عن المعاهدة الحاصلة من الالزام والالتزام، الذي لا بد له من طرفين، نرى أن الفقهاء توسعوا كثيراً في اطلاق العقد على مثل العارية والوديعة والوقف وغير ذلك مما ليس فيه التزام من كلا الطرفين، ذلك لأن العقد بمعناه اللغوي يؤدي معنى الترابط من الطرفين، والعارية والوديعة لا يؤديان هذا المعنى، إذ ليس فيهما أي الزام لأحد الطرفين بشيء، سواء قلنا ان نتيجة العارية إباحة الانتفاع، أو تمليك الانتفاع، ولكن المسوغ لتسمية هذا النوع من المعاملات بالعقود هو توافق الارادتين في الوديعة والعارية، باعتبار أن القبول لا بد منه فيهما ولو بالفعل، وهذا المقدار من الترابط والتوافق فيهما هو المسوغ لعدهما من العقود ولو تجوزا.

ومهما كان الحال فسواء كانا من أفراد العقد أو كانا خارجين عنه موضوعاً فهما حسب الاصطلاح الفقهي من جملة العقود، وإذا فسرنا العقد بمطلق التعهد كما يظهر من بعض الفقهاء فتكون هذه العقود من الأفراد الحقيقية للعقد، وتشملها الأدلة العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد كقوله تعالى: أوفوا بالعقود، وإلا أن تكون تجارة عن تراض منكم وغيرهما، والمستفاد من هذه الأدلة وجوب الوفاء بالعقد حسبما يقتضيه العقد في نفسه وبحسب دلالته اللفظية، فالبيع مثلاً باعتبار أنه عبارة عن إنشاء كل من الطرفين تمليك ماله للآخر في مقابل تمليك الآخر، فوجوب الوفاء به هو عبارة عن التزام كل منهما بما الزم نفسه به، فعدم الالتزام بمدلول العقد نقض للتعهد الحاصل من كل منهما ولازم ذلك لزوم العقد وعدم زوال آثاره بمجرد رجوع أحدهما بما ألزم نفسه به، فيكون اللزوم الثابت للمعاملة مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام المعاهدة الحاصلة بين

الطرفين، وبالنسبة إلى الوديعة والعارية والهبة، فمعنى الوجوب الوفاء بكل واحد من هذه العقود، هو العمل بما يقتضيه عقد الوديعة أو الهبة مثلاً وحيث أن عقد الوديعة لا يقضي أكثر من إيداع المال عند شخص لحفظه وعقد الهبة يقتضي تمليك العين بلا عوض، فيكون المعنى المتحصل من وجوب الوفاء بهما، هو وجوب حفظ العين في عقد الوديعة وملكية الموهوب له للعين الموهوبة، لأن عقد الوديعة والهبة لا يقتضيان أكثر من ذلك[1].

ورجح الخونساري في كتابه منية الطالب أن لزوم العقد من الأحكام الوضعية كالملكية والرقية والولاية، وهذه يصح أن تكون مجعولة من قبل المشرع ابتداء، وعليه يكون المقصود من قوله تعالى: أوفوا بالعقود، هو لزوم المعاملة كما التزم بها الطرفان امضاء لما استقر عليه أمر الناس من الزام أنفسهم بما يلتزمون به، والعقد بنفسه لا يقتضي أكثر من تبديل مال كل من الطرفين بمال الآخر مطابقة، ويلزمه التزام كل منهما بما الزم به نفسه، وقد أمضى الشارع التزامهم هذا وأمر بالوفاء به، كما هو المستفاد من قوله سبحانه: أوفوا بالعقود، وأمثالها من القواعد العامة التي تدل على وجوب الوفاء بالعقد، وسواء كان اللزوم تبعياً مستفاداً من الحكم التكليفي القاضي بوجوب احترام التعهد الحاصل بين الطرفين، أم كان مجعولاً بالأصالة، تكون العقود بكاملها من مصاديق العقد الذي نصت الآية على وجوب الوفاء به، ويكون المستفاد منها وجوب الوفاء بكل عقد حسبما يقتضيه العقد من حيث دلالته اللفظية، ولا نحتاج إلى القول بأن المراد من وجوب الوفاء هو العمل بما يقتضيه العقد من حيث لزومه وجوازه لتكون العقود الجائزة مشمولة للآية الكريمة، وذلك لأن العقد من حيث ذاته مهما كان نوعه لا يقتضي اللزوم ولا الجواز بحسب دلالته[2].

ومهما كان الحال فالعقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والعارية والهبة

---

(١) انظر مكاسب الشيخ الأنصاري مبحث الخيارات.

(٢) أنظر منية الطالب في شرح المكاسب للخونساري مبحث الجيارات.

على حد تعبير بعض المؤلفين في الفقه الغربي هذه العقود من أفراد العقد عند الفقهاء الشرعيين، وتشملها الأدلة العامة التي وضعت لتشريع العقود ووجوب الوفاء بها من غير فرق بينها من هذه الناحية.

والفروق المتصورة في المقام تنحصر بالأمور التالية:

الأول: إن العقد الملزم من الجانبين يمكن فسخه إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته كلها أو بعضها، وذلك فيما لو اتفق على أن عدم وفاء أحدهما بالتزاماته يسوغ للطرف الآخر فسخ العقد، وهذا الاتفاق لا يحدث أي أثر في العقود الملزمة لجانب واحد، لأن الطرف الثاني ليس ملزماً بشيء فلا يصدق في حقه الامتناع من الوفاء ليسوغ للطرف الآخر أن يتحلل من التزاماته، وليس له أي لمن ليس ملتزماً بشي في هذه الحالة إلا إلزامه بتنفيذ التزامه[1].

وقد نص الجعفريون في فقهم على الفرق بين هذين النوعين من العقود بما يرجع بالنتيجة إلى ما ذكره الدكتور مرقس، فقد اتفقوا على أنه لو حصل شرط في العقد أو اتفقا ضمناً على أنه لو لم يف أحد المتعاقدين بما التزم به يكون للآخر الحق في فسخ العقد، ولا يجري ذلك في العارية والوديعة لو أخل المستعير، والودعي بما عليه للمعير والمودع، لأن حق استرجاع العين ثابت لهما على كل حال وإنما الذي يحدث لهما أنه لو أتلف العين التي بيده على سبيل الاستعارة أو الوديعة، أو تلفت بسبب تهاونه بها عليه أن يغرمها للمالك[2].

الثاني: إنه في العقود الملزمة للطرفين لو تمنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته كما لو يسلم العوض إلى الطرف الآخر، فإن لم يستعمل حقه في الفسخ له أن يقف منه موقفاً سلبياً ويمتنع عن تسليمه العين التي بيده وعن

---

(١) نظرية العقد للدكتور مرقس ص ٧٣.

(٢) انظر مبحث الخيارات من الجواهر والمكاسب خيار تخلف الشرط.

الوفاء بالتزاماته ما دام هو ممتنعاً، وهذا المعنى لا يتصور في العقود الملزمة من طرف واحد[1].

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في هذه المسألة: إذا لم يبدل البائع المبيع وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف وللمشتري حبس الثمن في مثل هذه الحالة، وعلل ذلك بأن عقد البيع مبني على التقايض من كلا الطرفين، لأن كلاً منهما قد التزم للآخر تسليم العين التي ملكه إياها بالبيع، ونتيجة هذا الالتزام عدم كون كل منهما ملزماً بتسليم ما بيده إذا تمنع الآخر عن التسليم لأن المتعاقدين قد وضعا كلا من الثمن والمثمن في مقابل الآخر، ولا يجري ذلك في العقود الملزمة لأحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي، وذلك لأن للمعير دائماً أن يرجع عن العارية، وليس للمستعير الحق في أي تصرف في مقابله، كما وأن المستعير لو تمنع من إرجاع العين لمالكها، فللمالك إجباره على إرجاعها أو تغريمه إياها.

الثالث: إنه في العقود الملزمة لأحد الطرفين لو تلفت العين المستعارة أو المودعة بدون سبب يرجع إلى المستعير والودعي لا يحدث ذلك أثراً بالنسبة للطرف الآخر، ويتحمل تبعة تلف العين مالكها وحده وتبرأ ذمة الطرف الآخر منه، وبالنسبة إلى العقود الملزمة للطرفين لو هلك المبتع وهو في يد بائعه يتحمل وحده تبعة هلاكه ويتحلل الطرف الآخر من جميع التزاماته للبائع بسبب انفساخ العقد، وليس للبائع أن يطالب المشتري بشيء، ومن أمثلة ذلك ما لو تلفت العين المستأجرة بدون سبب يعود على المستأجر فينفسخ العقد، ويتحمل المالك وحده خسارة العين وأثر ذلك بالنسبة إلى المستأجر أنه يتحلل من جميع التزاماته المقابلة لالتزامات المؤجر[2].

---

(١) انظر نظرية العقد ص ٧٣.

(٢) انظر نظرية العقد ص ٧٤ الخيارات من المكاسب وكتاب الإجارة عن الجواهر.

ولا يخفى أن التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين كالبيع والإجارة ونحوهما، وبين العقود الملزمة لأحد الطرفين على حد تعبير المؤلفين في الفقه الغربي، هذه التفرقة مستمدة من طبيعة تلك العقود كما يبدو ذلك بعد التأمل في مقتضياتها أما تسمية تلك بالعقود الملزمة للطرفين، وإعطاء العارية والوديعة صفة الالزام من جانب واحد، هذا التوصيف من مختصات الفقه العربي لأن اعتبار الوديعة والعارية عقدان ملزمان من طرف واحد من حيث أن الودعي ملزم بحفظ الوديعة، والمستعير ملزم بحفظ العارية إنما هو من حيث أن الأعيان المستعارة والمودعة أمانة في يد المستعير والودعي، والأمين مسؤول عما في يده فيما لو تهاون أو قصر في حفظها، والعقد فيها لا يقتضي أكثر من تسلط المستعير على الانتفاع بالعين في العارية واستئمان الغير في الوديعة، فالزام المستعير والودعي بحفظ العين من مقتضيات كونها أمانة في يده لا غير لا من مقتضيات عقديهما، نعم يصح هذا التوصيف في الوقف بناء على أنه من العقود، حيث أنه يحدث إلزاماً للواقف بما ألزم به نفسه بعد إقباض العين الموقوفة على الجهة التي وقفت عليها من غير فرق بين الوقف العام أو الخاص، ومهما كان الحال فاعتبار الوديعة والهبة والعارية والوقف من العقود ناتج عن التوسع في مفهوم العقد، وعدم الجمود على المعنى اللغوي الذي يشير إلى الشدة والارتباط الذي لا يكون إلا من طرفين، وعليه يكون المصحح لعد هذه التصرفات من العقود بنظر الفقهاء، لما فيها من معنى العزم على العقد، وانعقاد النية عليه، وربط نيته بارادته، وهذا الربط هو المصحح لادخال هذه التصرفات في العقود، واستيعاب العقد لمثل هذه الأنواع ليس من مختصات الجعفريين، فلقد توسع فيه الحنابلة والشافعية والمالكية، وأضافوا إلى ما ذكرناه جميع أنوع التبرعات كالهبات والصدقات والوصية، وإن كان المنسوب لبعضهم أن العقد مقصور على التصرفات القائمة بين طرفين بنحو تنشأ عنه التزامات تقوم بينهما[1].

---

(١) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٢٢.

وقال الاستاذ أحمد إبراهيم في مقال له بعنوان العقود والشروط والخيارات نشر بمجلة القانون والاقتصاد. فهل تسمى هذه التصرفات التي تتم بالايجاب وحده من اعتاق وابراء وطلاق ونحو ذلك عقود أو لا تسمى بذلك؟ لا شك في أنها عقود بالمعنى الأعم للعقد، إذ هي أمور وقعت في نفس الملتزم أولاً وعقد عليها نيته، أو عزم عليها عزماً أكيداً، ثم أبان عنها باللفظ أو ما يقوم مقامه، وإذن يكون للعقد معنى عام يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي يترتب عليها آثار شرعية، ومعنى خاص قاصر على ما لا يتم فيه العقد إلاَّ بإيجاب وقبول، فهي في الحقيقة التزامات معلقة على التزامات أخرى، فيكون الالتزام فيها من الطرفين.

ورجح الاستاذ أبو زهرة في كتابه الملكية ونظرية العقد، أن العقد لا يكون الا بين طرفين، وإذا كان من طرف واحد يكون التزاماً ووعداً.

ومن ناحية ثانية نرى أن الفقه المدني قد أعطى للعقد معنى أوسع مما هو عليه عند الشرعيين، فاعتبر العقد والاتفاق من الكلمات المترادفة من حيث المعنى إذا كان الاتفاق موضوعاً لأثر من الآثار، وبأي الأشكال وقع الاتفاق بين الطرفين.

وقد عرفه بعض الفقهاء الغربيين بأنه توافق إرادتين على أحداث أثر قانوني، وذلك الأثر إما إنشاء التزام أو نقله أو تحويله أو تعديله، وفرعوا على ذلك بأن مطلق توافق الإرادتين لا يكون من العقود إلا إذا أحدث أثراً قانونياً، فإذا اتفق إثنان على أن يخرجا للتنزه في وقت معين لا يكون اتفاقهما وخروجهما عقداً، وكذا من دعا شخصاً ليأكل معه، لأن هذا التوافق لم يحدث أثراً، أما إذا اتفق جماعة على الاشتراك في رحلة أو حفلة في موعد معين، وكان مفهوم هذا الاتفاق التزام كل منهما بدفع شيء في مقابل هذا الاشتراك، أو تعهد إنسان بتقديم الطعام لشخص في مقابل عمل معين، أو وعد شخص شخصاً في أن يحفظ له وديعة بنحو يكون ملزماً بحفظها فجميع هذه الاتفاقات تكون من العقود، ومجرد الرضا بهذا التعاقد يكفي لانعقاد

العقد من دون حاجة إلى التعبير عن هذا الرضا في شكل مخصوص، فيجوز لهما التعبير عن ارادتهما بأي وسيلة، أسواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة ونحو ذلك، وبأي كانت اللغة المستعملة بينهما في مقام التعبير عن الإرادة، بدون التقيد باستعمال لفظ مخصوص أو عبارات بعينها، فللأشخاص حريتهم المطلقة في شروط التعاقد وأوصافه واختيار نوع العقد الذي يريدونه، وابتداع أخرى من العقود وفق حاجاتهم، وحسب مشيئتهم[1] هذا مع قطع النظر عن طبيعة العلاقة موضوع التعاقد، والاشخاص الذين يريدون التعاقد، على نحو يشمل الاتفاقات التي تتم بين دولتين ولو كان موضوعها سياسياً صرفاً، كالاتفاقات التي تتم في أيام الحروب، ومواثيق عدم الاعتداء، ولا يختص بما إذا كانت الالتزامات ذات قيمة مالية[2].

والنتيجة الحتمية لذلك هو إعطاء الإرادة الحرية المطلقة والسلطنة الكاملة على إنشاء العقد وتعيين الآثار التي تنشأ منه وإعطاء صفة العقد لكل اتفاق يحدث أثراً لمصلحة المتعاقدين أو لأحدهما، واتساع مفهوم العقد لكل اتفاق وللعارية والوديعة ونحوهما لم يعترف به القانون الروماني، ولا الشرائع القديمة، بل كان العقد في نظرهما يتكون من إجراءات ومراسيم وبعض الألفاظ، ويجب أن تتم جميعها طبقاً لأوضاع معينة لتترتب عليها آثارها، وأخيراً بدأت هذه النظرية تتطور، فاستثنى القانون الروماني والتشريع الكنسي من هذه القاعدة الشكلية البيع والإجارة والشركة والوكالة، ورجحا انعقادها بمجرد توافق الإرادتين كما استثنينا الاتفاقات الشرعية التي تصبح عقوداً بمجرد الاتفاق بين عاقديها، وبقي القانون متمسكاً بالشكلية لبقية العقود إلى أن بدأ رجال الكنيسة بالتخلص منها، وانتهى بهم الحال إلى أن أصبح

(١) نظرية العقد ص ٤٦ و٤٩ حيث نسبت ذلك لجماعة من رجال القانون.

(٢) وقد رجح بعضهم أن الاتفاقات المتعلقة بالأشخاص كالزواج مثلًا لا تعتبر عقوداً كاملة من حيث أنها لا تنشىء التزامات مالية، ومن خصائص العقد أن تكون الالتزامات الحاصلة منه ذات قيمة مالية كما نص على ذلك السنهوري انظر نظرية العقد ص ٤٨ .

الإخلال بالتعهد المالي من قبل المتعهد خطيئة دينية تتضمن معنى يستوجب العقاب، وإكراه المتعهد المقصر على تنفيذ تعهده ولو بواسطة دعوى تقام عليه لدى المحاكم التي تخص الكنيسة، وراجت فكرة الكنيسة فيما يتعلق بهذا الأمر بسبب كثرة المبادلات مع المدن التجارية الإيطالية في أواخر القرون الوسطى مما اقتضى تسهيل التعاقد، والغاء تلك القيود الشكلية، هذا بالإضافة إلى أن رجال الكنيسة حينما رأوا أن القانون الروماني قد انتهى إلى أن العقود الأربعة البيع والإجارة والشركة والوكالة وبعض الاتفاقات الشرعية تتم بمجرد توافق الإرادتين ظنوا أن هذا القانون نفسه قد قرر مبدأ سلطان الإرادة، ألغى جميع تلك الشكليات التي كان لا بد منها أولاً. ومن ذلك يبدو أن مفهوم العقد عند المدنيين أوسع منه عند الشرعيين، لأنه يتم عندهم بكل أنواع الاتفاقات مهما كان شكلها، وبأي وسيلة حصلت إذا كانت ذات أثر ولو بالنسبة لأحد المتعاقدين، وعلى هذا فالمعاطات من أظهر مصاديق العقود عندهم، لأنها تشتمل بالاضافة إلى الاتفاق على التسليم والتسلم، المؤكدين لتوافق الإرادتين، ولكن الشرعيين لم يتفقوا على كفاية التعاطي الفاقد للصيغة في مقام البيع فضلاً عن كونه من مصاديق العقد، كما سيأتي الحديث عنها خلال هذا الفصل.

ومهما كان الحال فإن حرية التعاقد في القوانين المعمول بها في مختلف بلاد العالم واسعة لم تقف عند حد معين، ولم تتقيد من حيث الشكل بصورة واحدة، بل تعم جميع الاتفاقات والالتزامات سواء كانت بين طرفين أو طرف واحد على شرط أن لا تكون ممنوعة بنظر القانون، أو مخالفة للنظام العام أو الآداب.

أما في الفقه الإسلامي، فإن النصوص الفقهية قد تعرضت لمواضيع مختلفة من حيث موضوعها وآثارها واسمتها بالعقود، وبحثها الجعفريون وغيرهم في مجاميعهم الفقهية بحثاً مفصلاً، وعدوا منها البيع والصلح والاجارة والنكاح والكفالة والوديعة والهبة والعارية وغير ذلك مما هو مدون في

تلك المجاميع بعنوان العقد، وتصنيف العقود إلى الأصناف المذكورة كما يتم بلحاظ العوضين يتم أيضاً باعتبار المحل الذي يقع عليه التعاقد.

أما تصنيفها باعتبار العوضين، فيجمعها أمران عقود معاوضه وعقود تبرع، ويدخل في عقود المعاوضة البيع والصلح والشركة والاجارة والمزارعة والمسافات، كما يدخل في عقود التبرع الوديعة والعارية والهبة والكفالة والرهن والحوالة والضمان ونحو ذلك.

وأما تصنيفها باعتبار الحل، فإن العقد قد يرد على الأعيان لتملكها كالبيع والصلح ونحوهما، أو لاستهلاكها كالقرض، أو لحفظها كالوديعة، أو للانتفاع بها كالعارية، كما يمكن أن يرد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية، أو على عمل معين أو خدمة معينة كالأجير الخاص، أو على شيء للعمل فيه واستغلال منفعته لمصلحة المتعاقدين كالشراكة والمزارعة ونحوهما.

وتتفق القوانين المدنية في الغالب على تصنيف العقود بهذا الاعتبار، فقد جاء في القانون العراقي أن العقد يصح أن يرد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتملكها بالعوض، كالبيع، أو بغير عوض كالهبة، أو لحفظها كالوديعة، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها كالقرض، ويرد على المنافع للانتفاع بها بعوض كالاجارة، وبغيره كالعارية، وعلى عمل معين أو خدمة معينة كما في بعض أقسام الاجارة، هذا التصنيف للعقود عند المدنيين يلتقي مع التصنيف الشرعي لتلك العقود المعنونة في الفقه، وقد أضافت قوانين بعض البلدان إلى هذه العقود عقوداً غيرها، كعقد التأمين والمساومة والإذعان وغير ذلك[١].

* * *

(١) انظر مصادر الحق الجزء الأول للسنهوري ص ٨٠.

العقود المستحدثة

يرجع الحديث عن العقود المستحدثة التي لم ينطبق عليها أحد العناوين المدونة في كتب الفقه الاسلامي، الحديث عنها يرجع إلى أن العقود المدونة في كتب الفقه هي وحدها التي أمضاها الشارع بمعنى أن كل الزام أو تصرف إذا لم يكن مصداقاً لواحد من تلك العقود لا تترتب عليه الآثار المقصودة للطرفين بنظر الشارع، أو أن هذه العقود قد أقرها التشريع الإسلامي كتاباً وسنة ودونها الفقهاء في مجاميعهم لا لخصوصية بها، ولا لأن الطريق إلى التعامل والاتجار والتكسب يجب أن لا يتخطاها، بل لأن التعامل بين الناس في الغالب في عصور التشريع وما بعده لم يتعدى هذه الأنواع من العقود، ولازم ذلك أن الظروف والحضارات التي تختلف باختلاف العصور إذا اقتضت نوعاً آخر للتعامل والاتجار لا يخل بالنظام ولا بالآداب العامة يكون مصداقاً للعقود التي أقرها التشريع الإسلامي في الكتاب والسنة.

لقد ذكرنا في الصفحات السابقة أن القوانين المدنية تنص بوجه عام على أن جميع الاتفاقات والالتزامات مهما كان نوعها وبأي شكل وجدت فهي من العقود، وتصبح نافذة بالنسبة للمتعاقدين، إذا لم تخالف القانون والنظام العام[1]، ولكن من المستصعب أن تنتزع هذا المبدأ العام من الفقه الاسلامي

(١) مصادر الحق للسنهوري رقم ١ ص ٨١.

الجعفري، وليس لدينا من النصوص والقواعد العامة ما يسمح لنا بإدخال كل ما هو مستحدث في النصوص التي أقرت العقود وأمرت بالوفاء بها، ذلك لأن الشارع كما أقر مبدئياً ما هو متعارف بين الناس في التعامل والمتاجرة، قد وضع من ناحية ثانية بعض القيود والحدود وألغى بعض الوسائل التي كانت تستعمل في البيع والشراء وذلك مما يؤكد أنه لم يترك للناس الحرية المطلقة في استعمال ما يشاؤون في معاملاتهم وعقودهم، كما وأنه لم يكن خلاقاً لجميع الوسائل التي يجب أن يتم بها التعامل والاتجار، بل أقر كثيراً مما كانوا عليه وأمضى تصرفاتهم وعقودهم بعد أن أدخل عليها بعض التعديلات. وأقصى ما يمكن أن يقال لإثبات مشروعية العقود المستحدثة هو أن النصوص الإسلامية لم يرد فيها ما يقتضي حصر العقود في نوع أو صنف بخصوصه، ولم تعين نوع العقد والبيع والتجارة بل أمرت بالوفاء بالعقود وأحلت التجارات، وفرضت على المسلمين أن يلتزموا بشروطهم والتزاماتهم من غير أن تتعرض لأنواع تلك العقود وأصنافها ولا لماهية التجارة وكيفيتها، ولا لشكل الالتزام وموضوعه، قال تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود، وقال أحل الله البيع وحرم الربى. وقال: لا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم.

وقال الرسول (ص) المسلمون عند شروطهم إلى غير ذلك من النصوص المتشابهة من هذه الناحية، ومعلوم أن الناس قبل عصر التشريع كانوا يتعاملون بينهم بالبيع والشراء ويتعاقدون بجميع الأنواع الشائعة في ذلك العصر وقبله، فلا بد أن يكون الذي يجب عليهم الوفاء به والبيع المحل لهم والتجارة المسوغة لأكل المال، والالزام الذي يجب تنفيذه، هو ما يسميه الناس عقداً وبيعاً وتجارة والتزاماً في عصرهم وفي جميع العصور حسب حاجات الزمن ومقتضيات الحياة، وكل ما في الأمر أن الحاجة لم تدعوا في عصر التشريع وقبله إلا لتلك الأصناف من العقود، فإذا دعت في عصر من العصور إلى صنف من العقود كما حدث بالفعل في عصورنا المتأخرة، يكون

المستحدث فرداً للعقد الذي يجب الوفاء به بمقتضى نص الآية، وبتعبير أكثر وضوحاً هو أنه بعد أن فرضنا أن المشرع لم يخترع أنواعاً وأصولاً للتعامل تسمى عقداً وبيعاً، كما هو الحال في العبادة المخترعة ليتعين الوقوف عندها فيما لو وردت في آية أو رواية، فلا بد أن يكون المراد منها إذا وردت في آيات الكتاب أو في المرويات عنه (ص) هو ما يراه العرف بيعاً وعقداً وتجارة، وما دام الأمر متروكاً إلى العرف، فكل ما تفرضه حاجة المجتمع ويستعمله الناس ويسمونه عقداً، يكون مشمولاً لتلك الأدلة العامة التي جاءت لإمضاء ما هو متعارف بين الناس في مقام التعامل والاتجار.

قال الشيخ محمد حسين الأصفهاني في شرحه لمكاسب الأنصاري: إن البيع وإن كان موضوعاً للنقل المؤثر من دون خصوصية لنظر دون نظر، إلا أن الخطابات الشرعية حيث أنها ألقيت إلى العرف فلا بد من حملها على النقل المؤثر عندهم، فالشارع في مخاطباته كأحد أهل العرف بالنسبة إلى الآخر عندهم، فلو أراد خلاف ما عليه أهل العرف لزم عليه نصب قرينة، وعليه فيتعين النقل العرفي في جميع الأحكام والآثار المترتبة على النقل الشرعي[1].

ونص غيره من فقهاء الإمامية على أن البيوع والعقود الواردة في النصوص الشرعية يراد منها ما هو عقد وبيع بنظر العرف.

ومما يؤكد أن الشارع قد ترك الأمر للعرف في باب المعاملات وليس له حقائق تختص به، أنه قد ألغى قسماً من المعاملات التي كان يجري بها التعامل بين الناس قبل ظهور الإسلام، كبيع المنابذة والملامسة وبيع

---

(١) الأصفهاني من فقهاء الإمامية في القرن الرابع عشر، والشيخ الأنصاري أحد مصادرنا المعتمدة في هذا الكتاب من أعلام الفقهاء الجعفريين في القرن الثالث عشر، توفي سنة ١٢٧٠هـ وله مؤلفات واسعة الانتشار في الأوساط العلمية الجعفرية ولا تزال كتبه تدرس في جامعة النجف في التخصص النهائي.

الحصاة، وكانت هـذه الأمور الثـلاثة تستعمـل للنقل والانتقـال بدون إيجـاب وقبول[1] وفيما عدا هذه الأمور الثلاثة فقد أقر التعامـل بها وأمـر بالـوفاء بكـل عقـد تعارف النـاس على استعمالـه في معامـلاتهم إذا كان مكتمـلاً ومستوفيـاً للشروط التي اعتبرها المشرع في المتعـاقدين والعـوضين، بل وفي الـوسائـل التي لا بد منها في التعبير عن إرادة المتعاقدين.

ومجمل القول أن التشـريع الإسـلامي لم يكن مخترعـاً في المعامـلات والعقـود التي لا بـد للنـاس منهـا في معـاشهم وأنـظمتهم، ووقف من هـــذه النـواحي مـوقفـاً حيـاديـاً لـولا بعض التعـديـلات التي أدخلهـا على عقـودهم ومعاملاتهم، ولولا أنه قد ألغى بعض الوسـائل التي كـانوا يستعملونهـا لإنشاء المبادلة والاتجار بأموالهم، وفي ضمن هذه التعـديلات وعلى بعـد من العقود الملغـاة ترك لهم حـرية التعـاقـد واستعمـال الأسـاليب المختلفـة للتعبيـر عن إرادتهم في جميع عقودهم ومعـاملاتهم، وأحـل لهم البيع والتجـارة، وأمرهـم بالوفاء بكل عقد، واحترام كل شرط، ولم ينظر إلى الأنواع الشائعة في عصره بوجودها الخارجي حيثما أحل التجـارة والبيوع وأمـرهم بالـوفاء بـالعقود، ولـو فعل ذلك لا يبقى مجال للتردد في بطلان جميع ما استحدثه الناس بعد عصره من العقود والمعاملات وبخاصة عقود التأمين على اختلاف أشكالها كما سننبه على ذلك في خلال بحثنا لهذا الموضوع، بل اعتبر الموضوع لـوجوب الـوفاء وللحلية في قوله: أحل الله البيع، وأوفوا بالعقود هو العقد والبيع بما لهمـا من الافراد الموجودة في عصره والتي ستوجد بعد ذلك مهما كان شكلها ونوعها ما دامت تسمى عقـــداً أو بيعـــاً، وعليـــه يكـــون المعنى المتحـصـــل من تـلك

---

(١) والمراد من بيع الملامسة، هو انتقال السلعة إلى المشتري بمجرد لمسها وبدون أن يعلم عنها شيئاً وقيل هو شرائها ليلاً مع الجهل بحالها، وبيع المنابذة هو نبذ كـل من الطرفين السلعـة للآخـر بدلاً عن سلعتـه بدون أن يقـول له أن هـذه عوضـاً عن سلعتـك، وبيـع الحصاة هو أن يقول المشتري للمـالك أي ثـوب تقع عليـه الحصا هـو لي بعد اتفـاقهما على الثمن كما جاء في بداية المجتهد لابن رشد ص ١٤٧ من الجزء الثاني.

النصوص، إن كل ما هو موجود ويمكن أن يوجد بعد ذلك إذا كان عقداً يجب الوفاء بـه، وإذا كان بيعـاً فقد أحله الله وأقـر التبادل المـالي به بنحـو القضايـا الحقيقيـة على حد تعبيـر الأصوليين. بهـذا البيان نستـطيع أن نقـرر أن العقود التي أوردها الفقهاء في كتبهم وتعرضت لبيان أحكامها جملة من النصـوص لا ينحصر بها التعامل، ولم يقتصر عليها الفقهاء إلّا لأن الزمان لم يفرض غيـرها في عصور التدوين والتشريع، فإذا أوجدت الحاجة أو الحضـارة طرقـاً غيرهـا للتبادل والتكسب، وسماه الناس عقداً كانت كغيرها من العقود التي كانت في عصر التشريـع، ولكنا لـو سلمنا جميـع ما ذكـرناه، وبنينـا على أن الشارع لم يتصرف في المعاملات بنحو يكون مخترعاً وأنه لم يتخـطى الطرق التي كـانوا يستعملونها وسيستعملونها فيما بعد، وإن العقود والبيوع اللذان هما الموضوع لوجوب الـوفاء وللحليـة، هما مـا يراه العـرف عقداً أو بيعـاً، لو التـزمنا بكـل ذلك، ومع ذلك فليس لنا أن نقر مبدأ تحكيم العرف في هذه المسألة تحكيماً مطلقاً، ذلك لأن الشارع وإن لم يكن مخترعاً في العقود والمعاملات كما فعل في العبادات، بل ترك الأمر للعرف في تحديد تلك المفاهيم بمعنى أن كل ما يسميه العرف عقداً أوجب الالتزام فيه والوفـاء به، ولكنـه في الوقت نفسـه قد اعتبـر شروطـاً في العاقـدين، والعوضين، وتـرك للمتعاقـدين حـريـة التكسب والاتجار مع مراعاة الشروط والقيود التي وضعها لهم، فإذا تعارف الناس على شكل من الاتجار بحيث لم يتخطوا الدائرة المرسومة لهم، كان ذلك من أفراد العقد الذي يجب الوفاء به، أما إذا لم تتوافر الشـروط التي وضعها الشـارع لا يمكن متابعة العرف، والحالة هذه، ولذا نراه قـد خطىء العـرف في بعض ما كان متعارفـاً عندهم كبيـع المنافـذة، والحصى والملامسـة، لا لشيء إلّا لأن هذه المصاديق لم تستكمل بعض الشروط التي ادخلها على المعاملات الشائعة في عصره كالسلامة من الغرور والربا والمقامرة ونحو ذلـك، لما في ذلـك من المفـاسد التي تضـر بصالـح المجتمـع، ونـظر العـرف إنمـا يكـون متبعـاً في تشخيص المفاهيم، لا تطبيق المفاهيم على المصاديق الخارجية، فلو فـرضنا

أن العرف يرى عقد البيع مثلاً هو المؤثر في النقل والانتقال، فنظره يكون مرجعاً في ذلك، أما تشخيص المصاديق وكون المصداق الخارجي فرداً للعقد فلا دليل على تحكيمه في مثل ذلك[1].

على أن الشارع لم يترك الأمر للعرف حتى بالنسبة إلى المفاهيم لأن الشروط والقيود التي أدخلها على العقود يتألف منها ومن غيرها مفهوم العقد، فلا بد والحالة هذه من مراعاة جميع هذه النواحي في العقود المستحدثة، فإذا سلمت من العيوب التي نظر إليها الشارع بعين الاعتبار، وكانت بنظر العرف من العقود تكون مشمولة لتلك الأدلة العامة ويجب الالتزام بها ولا بد لنا وقد انتهينا إلى هذه النتيجة من الإشارة إلى بعض العقود المستحدثة لنرى مقدار صلتها بالعقود التي أقرها التشريع الإسلامي، وبما أن عقود التأمين من أبرز تلك العقود وأكثرها انتشاراً لا سيما في العصور المتأخرة، فقد أثرنا ان نتحدث عنها، وبالتالي يتضح الحكم في جميع المستحدثات من النتيجة التي سينتهي اليها البحث.

وعقود التأمين منها ما يكون على النفس، ومنها ما يكون على الأموال وغير ذلك من الموارد التي يستعمل فيها هذا العقد، وهو عقد بين طرفين الشركة المؤمنة، والمستأمن وهو طالب التأمين، وبمقتضى الاتفاق الحاصل بينهما يقوم المستأمن بدفع مبلغ من المال أقساطاً شهرية أو سنوية، أو بدفع المبلغ بكامله إلى الشركة لقاء التزام الشركة بدفع مبلغ من المال إليه فيما لو أصاب محل العقد حادث أدى إلى موت المستأمن، أو تحطيم السيارة فيما لو كانت هي المحل لعقد التأمين أو غير ذلك مما يجري عليه الاتفاق بين الطرفين، وقد ينص الطرفان في ضمن الاتفاق الحاصل بينهما على أن المستأمن إذا تأخر عن دفع الأقساط في المدة المتفق عليها بينهما تنفسخ المعاملة ويسقط حق المستأمن بالانتفاع بالمال المدفوع، والأموال التي

(١) انظر مكاسب الشيخ الأنصاري، ومنية الطالب للخونساري، وشرح المكاسب للأصفهاني.

تدفعها الشركة إلى المستأمن تتكون من الأموال التي تقبضها من المستأمنين وبالطبع تتكون لها الأرباح الطائلة من مجموع الأموال التي تجتمع عندها من المشتركين بالإضافة إلى منافع الأموال وفوائدها، والطرق المستعملة في التأمين على النفس لا تتعدى الصور التالية:

١ ـ أن يتفقا على أن يدفع المستأمن للشركة عشرة آلاف ليرة أقساطاً كل قسط خمسمائة ليرة لمدة عشرين عاماً فإذا مات المستأمن قبل نهاية المدة تدفع له الشركة المبلغ بكامله، وإذا عاش إلى نهاية المدة لا يستحق شيئاً ويصبح المال بكامله ملكاً للشركة.

٢ ـ أن يتفقا على عشرة آلاف ليرة لبنانية يدفعها المستأمن خلال عشرين عاماً، كل عام خمسمائة ليرة على أن يكون للمال المدفوع فائدة معينة، فإن مات المستأمن قبل نهاية المدة استحق على الشركة المبلغ المتفق عليه بكامله مع فوائده، وإن بقي حياً إلى نهاية العشرين عاماً لا يستحق على الشركة شيئاً.

٣ ـ أن يتفقا على مبلغ من المال يدفعه المستأمن أقساطاً على أن يكون له فائدة بنسبة معينة يتفقان عليها، فإن مات قبل انتهاء المدة أرجع له المؤمن الأموال المتفق عليها بكاملها مع فوائدها، وإن عاش إلى نهاية المدة أرجع له المال مع فوائده أيضاً.

٤ ـ أن يتفقا على مبلغ من المال وعلى الأقساط التي يدفعها المستأمن في كل شهر أو سنة وأنه أي المستأمن يسترجع المبلغ بكامله إن مات قبل نهاية المدة ولكنه لو أخل بأحد المواد المتفق عليها تبطل المعاملة ويصبح المال المدفوع بكامله ملكاً للمؤمن إلى غير ذلك مس الأمثلة المتشابهة من غير فرق أن يكون التأمين على الأرواح أو الأموال كما في التأمين على المتاجر والسيارات والشركات وغير ذلك.

ومن ذلك تبين أن عقد التأمين هو عبارة عن اتفاق بين المؤمن أي الشركة من جهة وبين طالب التأمين من ناحية أخرى، وبمقتضى هذا الاتفاق

تتعهد الشركة أن تدفع للمستأمن مبلغاً من المال إذا أصيب بحادث معين في وثيقة التأمين، وفي مقابل ذلك يدفع طالب التأمين مبلغاً من المال على أقساط يتفق عليها الطرفان، هذا الاتفاق لو نظرنا إليه من حيث ذاته كعقد مستقل بعد أن بينا على أن العقود ليست ناظرة إلى ما كان في عهد التشريع، بل تدل على وجوب الوفاء بكل ما يسميه الناس عقداً ولو كان خارجاً عن العناوين المدونة في كتب الفقهاء، ولكن لا بد من ملاحظة التعديلات التي أدخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار، لو نظرنا إلى عقود التأمين من حيث ذاتها باعتبارها عقوداً مستقلة، وأخذنا تلك التعديلات التي أدخلها الشارع على العقود بعين الاعتبار يتضح لنا أن هذه الاتفاقات ليست من العقود التي أوجب الشارع الوفاء بها كما تنص على ذلك الآية من سورة المائدة، ذلك لأن المستأمن حينما يتفق مع الشركة على مبلغ معين من المال يدفعه لها أقساطاً خلال مدة من الزمن، كما في الأمثلة السابقة ونظائرها لا يدفعه لها لقاء أي عمل من الأعمال تؤديها إليه الشركة، ولا هي بدورها تقوم بعمل لصالحه، ولا يضع المؤمن والمستأمن في حسابهما في مقام التعاقد قيام الشركة بأي عمل من الأعمال حتى ولو من نوع التوجيه والإرشادات الصحية أو الإقتصادية ونحو ذلك، وكل ما في الأمر أن المؤمن يتفق مع المستأمن على مبلغ من المال يؤديه أقساطاً في كل سنة قسط منه، وفي مقابل ذلك يتعهد المؤمن الذي هو عبارة عن الشركة بواسطة وكلائها الموزعين في مختلف المناطق أن يدفع إلى الطرف الآخر المبلغ المتفق عليه بكامله فيما لو أصيب المؤمن عليه بموت أو حريق أو أي حادث آخر قبل انتهاء المدة المتفق عليها، وإذا انتهت المدة وتم دفع الأقساط تستحق الشركة المبلغ بكامله في بعض الفروض، وفي البعض الآخر يسترجع المستأمن المبلغ بكامله مع الفوائد التي يتفق عليها مع الشركة عند الشروع في المعاملة.

فالمستأمن حينما يقدم على المعاملة في حسابه استحقاق المبلغ بكامله بمجرد الشروع في دفع الأقساط لأن احتمال طرو حادث عليه أو على أمواله

المؤمنة قائم في نفسه في كل لحظة من حياتـه، ولو علم بـأن حياتـه تمتد إلى تمام المدة المحددة بينه وبين الشركة لا يقدم على هذه المعاملة قطعـاً، فكل قسط من الأقساط لا يدفعه إلّا لأنه يأمل أن يـربح هـو أو وريثه المبلغ بكـامله قبل دفع الأقسـاط للشركـة بكاملهـا، كما وأن الشـركة حينما تتفق مـع طالب التأمين على أن تدفع له المبلغ المتفق عليه إذا أصيب المؤمن عليه بحـادث، إنمـا تقدم على هـذه المعـاملة على أمـل أن يسلم المؤمن عليـه وتـربـح هي الأقساط كاملة بعد نهاية المدة المحددة بينهما، لـذا فإن النشـرات التي تصدر عن شـركة التـأمين لا تقر التعـاقد فيمـا لـو كـان المؤمن عليـه مصـابـاً ببعض الأمراض الفتاكة، أو كان معرضاً للخطر في أكثر حالاته.

فعقود التأمين في واقعها ليست بعيدة عن المقامرة، لأن المقـامر حينمـا يقـدم على بذل مـاله لا يضـع في حسابـه إلا احتمال الحصـول على المبالـغ المتفق عليها بينه وبين رفاقه، وفي نفس الـوقت فهو يحتمـل أن يكون الـربح في جـانب الطرف الآخـر، فاحتمـال الربـح وحده هـو الدافـع على المقامـرة المتـداولة بين النـاس، مع العلم بـأنهـا لا تنحصـر بـآلـة خـاصـة من الآلات المتعـارفة، ولا بنـوع خاص من أنـواع المغالبـة، كما نص على ذلـك الشيخ الأنصـاري في مكاسبـه[1] فكل عمـل يرجـع في واقعه إلى بـذل المال بـدون مقابل إذا كان الدافع عليه احتمال الربح المقترن باحتمال الخسـران يكون من أفراد المقامرة وإن اختلف مع المتعارف الشائع منها بالشكل والطريقة.

وعقود التأمين على مـا بينها وبين المقـامرات المتعـارفة من تفـاوت من حيث الشكل والطريقة، إلّا أنها من حيث النتائج والـدوافع تلتقي معهـا التقاء كلياً، ذلك لأن طالب التأمين يتفق مع الشركة على مبلغ من المال يـدفعه لهـا أقساطاً بدون مقابـل لاحتمال أن يـطرأ عليه أو على مـاله المؤمن عليـه حادث فيربح المبلغ بكـامله في المرحلة الأولى من مـراحل التقسيط، وهكـذا الحال

---

(١) انظر الفصل الذي عقده في أول المكاسب لبيان أنواع المكاسب المحرمة.

بالنسبة إلى الشـركة المؤمنـة، فإنهـا تتعهد من جـانبها بـدفع المبلغ كـاملاً إذا أصيب المؤمن عليـه بحادث وفي نفس الـوقت الـدوافـع الأولى لهـذا التعهـد احتمال السلامة إلى نهاية المدة التي تتم فيها الأقساط وعند ذلك تربح الشركة المال بكامله فيما لو سـاعدهـا الحظ وسلم المؤمن عليه، وهـذا الواقـع الذي تنتهي إليه عقود التأمين، هو المتحصل من عقود المقامرة.

ولو تنازلنا عن جميع ذلك وبنينا على أن العقود لا تنحصر فيمـا كان في عصـر التشريـع، لو بنينـا على ذلك فليس بـالإمكان أن نلتـزم بكل مـا يسميه الناس عقداً ذلك لأن البيانات الشرعية وإن لم تقف جامدة بجانب العقود التي كـانت في عصـر التشـريـع، والتي دونهـا الفقهـاء في مجـاميعهم، إلا أنهـا احتفظت لنفسها ببعض القيود والتعديلات وفرضت على المتعاقدين التقيد بها مهما كان نـوع العقد ومن ذلـك سلامـة المعاملة عن الجهـالة والغـرر اعتماداً على بعض المـرويـات عن النبي (ص) التي تنص على أنـه نهى عن الغـرر، وقـد أخذ الفقهـاء بهذا المبـدأ واعتبروا السـلامة من الضـرر من أركان صحـة المعاملة مهما كان نوعها.

ومهما حاولنا تزكية عقود التأمين، فليس بالإمكان تزكيتها من هذا العيب وذلك لأن كلاً من الـطرفين في هذا النـوع من العقود يقـدم على أمر مجهـول لـديه لا يعـرف كيف ينتهي مصير أمـواله التي تعـاهد مـع الآخر على دفعهـا، ويرى نفسه مصيراً لاحتمال الربح المقترن باحتمال الخسران كمـا ذكرنـا وهذا النوع من الجهالة من أظهر مصاديق الغرر المنهي عنه.

وقد استدل الفقهـاء بالحـديث المتضمن لنهي النبي عن الغرر في أكثـر المعـاملات حسب المنـاسبات، واعتمـدوا عليه في بـطلان العقد مـع الجهل بالعوضين، وعدم القدرة عليهما ونحو ذلك، وفي ذلك دلالة على أن المشرع لم يعطي للمتعاقـدين الحريـة المطلقـة في التعاقـد واعتبر العلم بـالعوضين، والقـدرة عليهما وكـونهما مـالين بنظر العـرف من الشروط التي لا بـد منها في جميع العقود المالية والمعاوضات بـالإضافـة إلى شروط المتعـاقدين، وبـدون

ذلك لا تصح المعاملة، سواء كانت من نوع المعاملات المدونة في مجاميع الفقه، أم كانت من العقود المستحدثة. هذا كله بناء على أن الشارع لم يقف إلى جانب العقود التي كانت في عشر التشريع، بل تعداها وأمضى كل ما يسميه الناس عقداً ولو تجدد بعد ذلك على شرط أن تتوفر فيه التعديلات التي أدخلها على العقود.

أما بناء على أن العقود التي يجب الوفاء بها ويجب تنفيذها هي العقود التي كانت في ذلك العصر، وليس لأحد أن يتخطاها مهما بلغت الحاجة إليها كما رجح ذلك بعض الفقهاء والظاهرية، فعقود التأمين المتعارفة بين الناس في هذا العصر من حيث أنها عقود قائمة بذاتها، لا يمكن تصحيحها الا بعد عرضها على العقود المدونة في مجاميع الفقه، ولا أظن أن الباحث بعد المقارنة بينها وبين تلك العقود يتردد في المغايرة بينهما من جميع الجهات.

نعم لو أردنا إدخالها في العقود الشرعية لا بد وأن نفترض عقود التأمين على غير واقعها المتعارف في هذا العصر، ما فعل المقرر لبحث آية الله الشيخ حسين الحلي في كتابه «بحوث فقهية» فإنه صور عقود التأمين تصويراً يتفق مع الضمان والهبة والصلح كما جاء في كتابه، ولم ينظر إليها من الناحية الموضوعية. ولا أشك في أن المقرر لو نظر إليها من هذه الناحية وقارن بينها وبين العقود الشرعية لم ينتهي الى النتيجة التي انتهى اليها في كتابه[1].

---

(١) بحوث فقهية للعلامة السيد عز الدين بحر العلوم من محاضرات آية الله الشيخ حسين الحلي وقد جمع المؤلف قسماً من محاضرات أستاذه الحلي في هذا الكتاب عالج فيها بعض المواضيع الشائعة في هذا الزمان، فكان موفقاً في عرض الفكرة وفي الأسلوب نسبياً.

وكنت أود تسجيل ملاحظاتي على الكتاب فيما يعود إلى عقود التأمين، ولكني تركت ذلك تهرباً من التطويل.

صيغة العقد

لكي يكـون العقد ويتحقق لا بـد له من إيجـاب وقبول دالين على إرادة المتعاقدين، ذلـك لأن الإرادة مما لا بـد منها في تكـوين العقد، وهي كسـائر الأمور القائمة بالنفس لا تظهر إلا بما يدل عليها من قول أو فعل، وبدون ذلك تبقى سـراً مكتومـاً، ولا شيء أدل عليهـا من الأقـوال والأفعـال، لـذلـك نص الفقهـاء على أن الألفاظ لا بـد منها في جميـع العقـود قـال الشيـخ مـرتضى الأنصـاري في مكـاسبـه: لقـد دل الاجمـاع والشهـرة على اعتبـار اللفظ في العقود، وأضاف إلى ذلـك أن النصوص المـروية عن النبي والأئمـة (ع) تؤكد هـذا الأمـر في المـوارد التي يتمكن فيهـا المتعـاقـدان من استعمـال الألفـاظ الكاشفة عن إرادتهما، وحيث لا يتمكن المتعاقدان من التعبير عن مقصـودهما بـاللفظ كما في الأخـرس مثلاً ولم يتمكنـا من تـوكيـل غيـرهمـا المتمكن من التلفظ، تكفي منهمـا الإشارة الكـاشفة عن إرادتهمـا، ومـع العجـز عنهـا يتم التعاقد بينهما بالكتابة[1].

ويبـدو من النصـوص الفقهيـة المنتشـرة في مجـاميـع الفقـه الشيعي أن الألفاظ من أفضل الوسائل التي تستعمل للتعبير عن الإرادة وتجيء في المرتبة الأولى مع التمكن منها.

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري كتاب البيع.

وقال الدكتور محمد يوسف موسى: ونجد المادة ٩٠ من القانون المدني تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود[١].

هذا وقد أشرنا عند الشروع في هذا الفصل إلى أنواع العقود بصورة موجزة، ونعود الآن لتفصيل ما أوجزناه أولاً تمهيداً لبيان ما لا بد فيه من الايجاب والقبول اللفظيين، وما لا يحتاج من العقود إلى الألفاظ بالنسبة الى القبول كالهبة والعارية ونحوهما. والمتحصل من نصوص الفقهاء أن العقود على ثلاثة أقسام.

العقود الإذنية، وهي التي تحصل بمجرد الإذن والرضا من المالك كالوديعة والعارية، بناء على أن العارية لا تفيد أكثر من إباحة الانتفاع بالأعيان المستعارة، وقد ذكرنا في أوائل هذا الفصل أن الفقهاء قد اصطلحوا على إعطاء العارية والوديعة اسم العقد، باعتبار أنهما يرتبطان بشخصين معير ومستعير، وودعي ومودع، مع العلم بأنهما لا يؤديان معنى العقد بما له من المعنى الذي يتناسب مع معناه اللغوي.

٢ ـ العقود العهدية التعليقية، كقدر السبق والجعالة والمزارعة ونحو ذلك مما يكون العوض فيها معلقاً على حصول أمر آخر، أو يكون استحقاقه مشروطاً بحصول العمل كما هو الحال في الجعالة.

٣ ـ العقود العهدية المنجزة، وهي عبارة عما لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء كالبيع والإجارة والهبة وغير ذلك مما يكفي لترتيب الآثار عليها الإنشاء من الطرفين أو من أحدهما.

وبهذا البيان تنتظم سائر العقود التي دونها الفقهاء في مجاميعهم وموسوعاتهم الفقهية، وعلى ما بينها من اختلاف من حيث الآثار

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٩.

والخصوصيات لا بد فيها من توافق الارادتين، والالفاظ هي الأداة الأولى التي تعبر عن الإرادة القائمة بالنفس، ولذلك لم يتردد أحد في الأخذ بالألفاظ الصريحة لتعيين مراد المتعاقدين وغيرهما كالشهادات والإقرارات ونحو ذلك، كما لم يتردد أحد في تقديمها على غيرها من وسائل الكشف عن مراد المتكلم كالكتابة والإشارة والقرائن والكنايات ونحو ذلك مما يمكن الإعتماد عليه إذا تعسر استعمال الألفاظ، وقد ذكرنا بعض النصوص الفقهية التي تؤكد هذا المعنى، والذي رجحه الشيخ الأنصاري أن العاجز عن استعمال الألفاظ تكفيه الإشارة ولو كان متمكناً من توكيل القادر على استعمال الألفاظ اعتماداً على النصوص التي تصرح بصحة الطلاق الواقع من الأخرس بإشارته، وهذه النصوص بمقتضى إطلاقها تنص على صحة طلاقه بالإشارة المفهمة لمراده ولو كان متمكناً من توكيل الغير، وليس في بقية النصوص ما يشعر بوجوب استنابة الغير عنه.

وكما لا يصح العقد بالكتابة والإشارة مع التمكن من استعمال الألفاظ، كذلك لا يصح بالكناية في هذه الحالة، وقد ادعى الشيخ مرتضى الأنصاري وغيره، ان المشهور بين الفقهاء عدم الإكتفاء بها مع تيسر استعمال الألفاظ، وأضاف إلى ذلك أن البيع لا ينعقد بقول البائع أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه مني فقد سلطك عليه لعدم صراحة هذه الألفاظ في النقل والانتقال، كما نص بعض الفقهاء على أنه لا ينعقد بقول البائع: أعطيتكه بكذا، أو سلّطك عليه بكذا، ومرجع هذا القول إلى أنه لا بد من الألفاظ المستعملة في معانيها الحقيقية في العقود، لأن المجاز لا يمنع الإحتمال المخالف من حيث إن وسائل الكشف التام غير متوفرة فيه، من غير فرق بين المجازات البعيدة والقريبة.

وقد رجح جماعة من فقهاء الإمامية: أن العقود سواء كانت بيعاً أو خلافه تصح بكل لفظ يدل على المعنى المقصود منها من غير فرق بين الصريح وغيره، فكما ينعقد البيع مثلاً بلفظ بعت أو ملكت، ينعقد بقول

البائع نقلته إلى ملكك، أو جعلت هذا العقار ملكاً لك وغير ذلك من الألفاظ المؤدية هذا المعنى، وحتى بالكتابات والمجازات على نحو تكون القرينة الدالة على المعنى المجازي لفظاً موضوعاً للنقل والانتقال بحيث تنتهي دلالة اللفظ على البيع إلى الوضع، أما لو كانت القرينة الدالة على المعنى المجاز خارجة عن العقد، إما لأنها غير لفظية، وإما لأنها لفظية سابقة على العقد، ففي مثل ذلك لا تكون الدلالة على المراد مستندة إلى اللفظ المستعمل في إيجاب البيع، ولا بد من الألفاظ في التعبير عن إرادة المتعاقدين، ولم يفرق أنصار هذا القول بين عقد البيع وغيره من سائر العقود على اختلاف أنواعها وآثارها[١].

وقد بالغ بعضهم فجوز استعمال لفظ أعرت في مقام الإجارة بدلاً من أجرتك اعتماداً على ظهور هذا اللفظ في المراد.

وغالى بعضهم فادعى أن العقود اللازمة قد وضع لها المشرع ألفاظاً مخصوصة يجب الوقوف عندها والاقتصار عليها، لأن العقود من الأسباب الشرعية المجعولة للنقل والانتقال، والقدر المتيقن منها هو الألفاظ التي نص عليها الشارع.

ومن مجموع ما تقدم تبين أنه لا بد من الألفاظ في العقود من حيث كشفها من ارادة المتعاقدين التي لا يمكن معرفتها إلا بعد التعبير عنها بما يدل عليها، ولم يظهر من آراء الفقهاء ولا من النصوص وجوب التقيد بألفاظ

---

(١) انظر مكاسب الشيخ الأنصاري، وقد فرق الخونساني في منية الطالب بين المجازات المشهورة وغيرها فنص على أن المجازات المشهورة يصح استعمالها في العقود، لأن شهرة المعنى المجازي توجب انصراف اللفظ إليه عند صدوره لا سيما مع وجود القرينة المعينة له، أما إذا لم يكن مشهوراً، فإنه يحتاج بالإضافة إلى القرينة المعينة إلى قرينة صارفة، فهو عند صدوره يدل على المعنى الحقيقي بالولاية التصورية، وبحسب الدلالة بعد وجود القرينتين يدل على المعنى المجازي، فلا يكون اللفظ آلة لإيجاد المعنى المقصود.

مخصوصة في إنشاء العقود على اختلاف أنواعها، وكل ما في الأمر أن الـذي ورد على لسـان الشارع هـو استعمال الألفـاظ التي تعبر عن عنـوان المعاملة، فقد عبر عن النقل والانتقال بالبيع، وعن العلاقة الحاصلة بين الرجـل والمرأة بالنكاح والـزوجية، فـلا بد والحـالة هـذه من استعمال الألفـاظ التي تعبر عن نوعية العقد، فلا يصح التعبير بلفظ وهبت في مقـام البيع، ولا بلفظ بعت في عقد الزواج، ولم يتضح من النصوص الشـرعية اشتـراط لفظ خاص في مقـام التعبيـر عن تلك العقود، وكـل ما في الأمـر أن الألفاظ التي تستعمـل كوسيلة للتعبيـر عن إرادة المتعاقدين لا بد وأن تكـون معبرة وكـاشفة عن عنـوان تلك المعاملة، فلفظ بعت في النكاح لا يعبر عن عـلاقة الـزوجية بخـلاف زوجت وأنكحت، كما وأن زوجت لا تعبر عن المبـادلة بين المـالين وبذلـك تبين أن الشارع وإن لم يشترط لفظاً خاصاً للتعبير عن تلك العناوين المسماة بـالعقود، ولكن ذلـك لا يعني أنه يصـح استعمال كـل لفظ ولو لم يكن معبـراً بمقتضى وضعه عن طبيعة تلك المعاملة المقصودة للمتعاقدين، بل لا بد فيـه من كونـة منطبقاً ومعبراً عن عنوان ذلك العقد كما ذكرنا.

وبعد أن تحدث الفقـهـاء عن هذه المـرحلة من مراحـل تكوين العقـد الـراجعة إلى أنـه لا بد من تكـوينه بـالألفاظ الكـاشفـة عن إرادة المتعـاقـدين تحدثوا عن ناحية أخرى من النواحي المتعلقة بصيغ العقود، فقالوا: إن صيغة العقـد تتم بايجـاب البائـع وقبول المشتـري، ولـم يختلفوا في أنـه يتم بصيغة بعت من البـائع في مقـام الإيجاب، وإن كـانت من الصيغ التي تستعمـل في البيع والشراء، إلا أن استعمالها في الإيجـاب بلغ حداً يـوجب انصرافهـا إلى الإيجاب بمجرد صدورها من الموجب.

أمـا لفظ شريت فقـد رجح أكثرهم جـواز استعمـالـه في الإيجـاب من البـائع، لأنـه من الألفاظ المشتـركـة بين البيـع والشـراء كمـا نص على ذلـك المؤلفـون في اللغة، ولأنـه لم يستعمل في القـرآن الكريم إلا في البيـع كمـا نص على ذلك بعض الفقهاء، قال تعالى: وشـروه بثمن بخس دراهم معدودة

وكانوا فيه من الزاهدين.

وقال: ومنهم من يشري نفسه ابتغاء مرضاة الله، إلى غير ذلك من الآيات التي ورد فيها لفظ الشراء بمعنى البيع، وقال في الجواهر: ويتحقق إيجاب البيع ببعت قطعاً، وشريت على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً[1].

ونص غيره من الفقهاء على أن الإيجاب من البائع لا يتم بهذا اللفظ لأن كثرة استعماله في الشراء أوجبت انصرافه عن معنى البيع عند إطلاقه بنحو أصبح استعماله في إنشاء البيع محتاجاً إلى قرينة معينة لإرادة هذا المعنى منه.

ومن الألفاظ التي يصح استعمالها في إنشاء البيع من البائع ملكت، وقد ادعى بعض الفقهاء الاتفاق على صحة الإيجاب به، ويؤيد ذلك ما جاء في تعريف البيع من أنه تمليك مال بعوض، وإن ملكت وبعت من الألفاظ المترادفة كما نص على ذلك أهل اللغة، وإرادة هذا المعنى منه لا ينافى مع استعماله في مقام الهبة، ذلك لأنه إذا استعمل في الهبة لا بد من تجريده عن العوض، وفي البيع لا ينعقد بيعاً بدون ذكر العوض، فإذا ذكر العوض بعده أفاد معنى البيع، وإن تجرد عنه أفاد الهبة، ومن ذلك تبين أن بعت وشريت يصح استعمالها في الايجاب والقبول، وإن كانت الأولى أدل على إنشاء البيع من الثانية، كما وإن شريت أصرح في الشراء من بعت، والذي يعين إرادة أحد المعنيين منهما إن شريت إذا استعملت في إنشاء البيع تتعدى إلى مفعولين، وإذا كانت بمعنى القبول لا تحتاج إلا إلى مفعول واحد، وهكذا الحال بالنسبة إلى بعت، وأجاز بعض الفقهاء إنشاء البيع بلفظ اشتريت.

وقال صاحب الجواهر بهذه المناسبة: والمدار على صراحة اللفظ في المعنى المراد، ولم يثبت من الأدلة اختصاص البيع بلفظ معين، ولا من

---

(١) انظر الجواهر كتاب المتاجر ص ٥٤، والمكاسب مبحث الألفاظ التي تتم بها العقود.

الفقهاء اشتراط أمر زائد على صراحة اللفظ في المعنى.

وأما القبول فيصح بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وابتعت وتملكت ونحو ذلك مما يدل على قبول المشتري ورضاه بالمبادلة بين المالين[١]، ومع أن أكثر الفقهاء لم يشترطوا لفظاً معيناً في مقام الايجاب والقبول، ويكتفون بلفظ البيع والشراء وما يشتق منهما، والتمليك ومشتقاته وغير ذلك مما هو كاشف عن إرادة المتعاقدين، ومع ذلك يؤثرون صيغة الماضي في التعبير عن الإرادة، ولعل ذلك من جهة أنها أصرح في التعبير عنها في المرحلة النهائية التي هي مرحلة الجزم والبت، بعد أن تتجاوز دور التردد والتفكير والمفاوضة، بخلاف غيرها من الصيغ كصيغة الأمر والمضارع، حيث أنهما لم يتمحضا للحال، بل يحتملان الحال والاستقبال، ولذلك لا بد من الرجوع إلى الظروف والملابسات التي تحيط بهاتين الصيغتين فإن دلتا على الحال وكشفتا عن إرادة المتعاقدين في إنشاء التمليك بهما يتم العقد، وإلا فلا، ونظراً لأنهما لم يتمحضا للدلالة على الحال الذي لا بد منه في إنشاء البيع، نص جماعة من الفقهاء على أن العقد لا يتم بهما، لأن المضارع إخبار عما يحدث في المستقبل، والأمر يفيد معنى الاستدعاء والطلب، فلا يدلان على إنشاء التمليك في الحال، ولكن أكثر الفقهاء أجازوا استعمال جميع الألفاظ والصيغ في العقود اعتماداً على النصوص التي تدل وقوع العقد بلفظ المضارع.

فقد جاء في صحيحة رفاعة: أنه سأل أبا الحسن موسى بن جعفر (ع): أيصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الأبقة فأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال (ع) لا يصلح شرائها الا أن تشري معها ثوباً أو متاعاً تقول لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا درهماً فإن ذلك جائز.

وجاء في رواية هشام بن سالم، أنه قال قلت له كيف أتزوج المتعة؟

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري.

قال (ع) تقول يا أمة الله أتزوجك بكذا وكذا يوماً بكـذا درهماً، وروى سماعة عن الإمام (ع) أنه قـال له إذا أردت أن تشتـري المصحف، فقل لـه: أشتري منـك الجلد والورق بكـذا درهماً، إلى غيـر ذلك من المـرويات المـوزعة في كتب الفقـه، والتي بظاهـرها تـدل على جـواز استعمـال المضـارع في إنشـاء البيع[1]، هذا بالإضافة إلى العمومـات التي تدل على وجـوب الوفـاء بالعقـود وحليـة البيع والتجـارة الشاملة بعمـومها لصـورة إنشاء البيـع بلفظي المضـارع والأمر إذا تحقق بهما إنشاء التمليك والمبادلة في الحـال، ومع التغـاضي عن جميع ذلك، فإن الفعل الماضي يفيد الأخبـار عن التلبس بالمبـدأ في الزمـان المـاضي، فلو أنشأ المتعـاقدان العقـد بصيغة المـاضي، فهو بلحـاظ المعنى الحقيقي يكـون إخباراً عن وقـوع البيع في الـزمن المـاضي، وإذا قصـدوا بـه الإنشاء، يكون استعماله بهذا المعنى مجازاً لأنه استعمل في غير معناه.

أما الفعل المضارع، فإنه مشترك بين الحـال والاستقبال، فلو استعمـل في إنشاء البيع في الحال يكون مستعملاً في معناه الموضوع له، ويكون أولى بالصحة من الماضي، لأن الماضي لا يدل على الإنشاء إلا بقرينة المقام التي تعين قصـد الإنشـاء منـه، وهـذه القـرينـة بعينهـا هي التي تعين أحـد معنيي المضارع منه وهـو الإنشاء دون الإخبـار، كما تعين استعمـال الأمر في إنشـاء المبـادلة فيمـا لو أنشـأ البائـع البيع بـه، والاستدعـاء الراجـع إلى طلب إيجاد الفعل إنما يتعين إرادته من الأمر حيث يمتنع إنشاء الفعل بالصيغة كما في مثل

---

(١) ومن القريب بالنسبة إلى هذه المرءيات أن تكـون واردة لبيان الكيفيـة التي يجب اتباعهـا في البيع والشراء من حيث التفاهم بين المتعاقـدين على محل العقـد، لا لبيان الصيغـة التي يجوز استعمالها في إنشاء العقود انظر شـرح المكاسب للسيـد كاظم ص ٨٨ ولكن هـذا الاحتمال يكـاد أن يختص في الروايـات التي تعـرضت لمسـألـة بيـع العبـد الابق والمصحف، ولا يجري في الروايـات الواردة في النكـاح، وقد جـاء في رواية أبـان بن تغلب عن الصادق (ع) أنه قـال تقول لهـا: أتزوجـك متعة على كتـاب الله وسنة نبيـه لا وارثة ولا موروثة كذا سنة بكذا درهمـاً فهي نص في جواز استعمـال صيغة المضارع في إنشاء العقد.

أضرب، أما غيرها كبع واشتري من صيغ الأمر فيصح استعمالها في إنشاء المبادلة بين المالين، وكل ما في الأمر أن استعمال الأمر في إنشاء البيع ليس مألوفاً عند العرف، والشارع لم يتخطى ما هو المألوف عرفاً في المعاملات والتجارات في الغالب[1].

ومن مجموع ذلك تبين أن المبدأ العام المستفاد من أدلة الأحكام ومن النصوص الفقهية فيما يرجع إلى صيغة العقد، أن الألفاظ لا بد منها للتعبير عن إرادة المتعاقدين، وهي مقدمة على غيرها من وسائل التعبير عن الإرادة لأنها أصرح من الإشارة والكتابة ونحوهما، وكل لفظ يدل على إنشاء المبادلة والنقل والانتقال يتكون منه العقد، وكلما كان اللفظ أصرح في الدلالة على هذا المعنى تكون له الأفضلية على غيره من الألفاظ التي ليست بتلك الصراحة، والقائلون بعدم كفاية المجاز والكناية والمضارع والأمر والإستفهام في تكوين العقد يقولون بذلك من حيث إن هذه الصيغ لا تدل على الإنشاء في الحال إلا بضميمة بعض القرائن الخارجة عن اللفظ، ولو افترضنا أن هذه الصيغ تدل على إنشاء النقل والإنتقال في الحال ولو بواسطة القرائن والملابسات المحيطة بها على نحو تكون دلالتها على هذا المعنى مستفادة من اللفظ لا من خارجه، لو افترضنا ذلك يصح استعمالها في العقود عند أكثر الفقهاء كغيرها من الألفاظ التي هي أصرح وأكمل دلالة على المقصود.

وقد رجح جماعة من الفقهاء أن الصيغ التي يتكون منها العقد لا بد وأن تكون باللغة العربية وأسرف بعضهم فاعتبر العربية في كل ما لا بد منه في العقود، اقتداء بالمشرع، ولأن من يشترط في تكوينه أن يقع بصيغة الماضي مثلاً، يلزمه أن يشترط وقوعه باللغة العربية بالأولوية، ولكن الرأي الفقهي الشائع المنتشر بين الفقهاء هو عدم اعتبارها وجواز استعمال أي لغة كانت في إنشاء العقود عملاً بالإطلاقات والعمومات التي نصت على تشريع العقود ووجوب الوفاء بها[2].

---

(١) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٩٨.

(٢) انظر نهج الفقاهة للسيد محسن الحكيم ص ٩٧.

وقـد بالـغ وحيد الـدين سوار في كتـابه التعبيـر من الإرادة في قولـه أن مذهب الإماميـة في طليعة المغـرقين في تقديس الألفـاظ، ذلك لأن فيهم من يحتم التعبيـر عن الإرادة باللغـة العربيـة، ويلزم العاقـد بمراعـاة أحكام البنـاء والإعراب بالصيغة العقدية على حد تعبيره، هذه النسبـة لبعض فقهاء الإمـامية وإن كـانت صحيحة كمـا ذكـرنـا، إلاّ أن اعتبـار مـذهب الإمـاميـة في طليعـة المغرقين بتقديس الألفاظ مبالغة لا مبرر لها من المؤلف، ذلك لأن أنصار هذا الـرأي عدد يسيـر من الفقهاء، ولا يسـوغ نسبـة رأي إلى الفقهـاء مـا لم يكن مجمعاً عليه بينهم أو متفقـاً عليه بين أكثـرهم، على أن أنصار هـذا الرأي من الجعفريين ليسوا بأكثر من غيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة الذين يشترطـون في العقـود أن تكون بـالألفاظ التي وردت في الكتـاب والسنة، ونص جمـاعة منهم على أن عقـد النكاح لا يتم إلا إذا كـانت صيغته من مـادتي نكح وزوج لأنهمـا وردتا في القـرآن فيجب الوقـوف عندهمـا، ولا يتم العقـد بـدونهمـا، ونسب الدكتور محمد يوسف ذلك إلى الحنابلة والشوافع والمالكية ومهما كان فالخلاف الواقع بين فقهـاء الشيعة فيمـا يتكون بـه العقد واقـع بين غيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة، وكما غـالى بعض فقهاء الشيعـة في تقديس الألفـاظ يوجد بين فقهاء المذاهب الأخـرى من هم أكثر غلواً وتقـديساً لـلألفاظ. قـال الشوافع: لا ينعقد البيع إلا بالصيغة الكلامية، أو ما يقوم مقـامها من الكتـاب والـرسول وإشـارة الأخـرس المعلومـة وجـوزه بعضهم بـالأخـذ والتعـاطي في الأشياء اليسيرة.

وقال الأحناف: إن البيـع يتم بالقـول والفعل، ولـه ركنان الـركن الأول الايجـاب والقبول، والثـاني الأخذ والعـطاء من غير فـرق بين الأشياء اليسيـرة والثمينـة، والايجاب والقبـول بالقـول يحصلان بكـل لفظ يدل على التمليـك والتملك كبعت واشتريت وأعطيت ورضيت وأسلمت لـك هذا الشيء بكـذا، وبلفظ الهبة وغير ذلـك من الألفاظ[1]، وإن كـان ماضيـاً، أو مضارعـاً يحتمل

(١) وقد ذكرنا أن التوسعة إلى هذا الحد ذهب إليها جماعة من فقهاء الإمامية.

الحال والاستقبال، كما لو قال البائع للمشتري: أبيعك الآن، فإن البيع يتم بهما من دون حاجة إلى قصد إنشاء البيع بهما، إما إذا كان مضارعاً يحتمل الحال والاستقبال، أو كان متمحضاً للاستقبال، كما لو اقترن بالسين وسوف، فإن البيع لا ينعقد بذلك إلا إذا نوى البائع الإيجاب في الحال، من غير فرق بين أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة المضارع، أو كان الايجاب بها والقبول بصيغة الماضي.

وقال المالكية: ينعقد البيع بكل لفظ يدل على الرضا كبعت واشتريت وغيرهما، والفرق بين وقوعه بصيغة الماضي وبين وقوعه بغيرها، أنه لو وقع بصيغة الماضي من البائع والمشتري ينعقد لازماً، ولا يحق لأحدهما الرجوع فيما أنشأه سواء كان قبل القبول من المشتري أو بعده، وأضافوا إلى ذلك: أنه لو حلف بأنه لم يكن قاصداً بقوله بعت إنشاء البيع لا يقبل منه، وإذا كان بصيغة الأمر، كما لو قال المشتري للمالك بعني هذا المتاع. فقال له البائع: بعت. فإن البيع يتم بذلك، ولكنه لا يكون لازماً عند أكثرهم إذا حلف المشتري بأنه لم يكن قاصداً بقوله بعني هذا المتاع الشراء.

وإذا كان الإيجاب أو القبول بصيغة المضارع، فإن البيع لا يلزم بذلك، وللبادىء به الرجوع بالبيع، وبعد القبول من المشتري ليس له الرجوع إلّا إذا حلف أنه لم يقصد البيع.

وقال الشافعية: إن البيع ينعقد بكل لفظ سواء كان صريحاً أو كناية، ومثلوا للصريح بصيغة الماضي، وللكناية بالألفاظ التي تحتمل معنى آخر غير إنشاء التمليك مثل أعطيتك هذا الثوب بذاك الثوب، أو أعطيتك هذه الدابة بتلك، فإن هذه الألفاظ كما تحتمل البيع تحتمل الإعارة، وأضافوا إلى ذلك: أنه إذا اقترن اللفظ المحتمل يذكر الثمن كما لو قال المالك لشخص: وهبتك هذه العقار بكذا درهماً، فإنه يقع بيعاً لأن الهبة لا تحتاج إلى ذكر الثمن، ومن الكنايات ما لو وقع البيع بصيغة المضارع، ويصح عندهم تقديم القبول على الإيجاب، إذا كان بصيغة الطلب، كما لو قال المشتري للمالك: بعني

هذه الدار. فقال له البائع: بعتك، فينعقد البيع لازماً، أما لو كان القبول بصيغة الاستفهام، بأن قال له هل تبيعني الدار، فقال له بعتك فلا يتم العقد في مثل ذلك، لأن الاستفهام لا يدل على إنشاء التمليك.

ولم يفرق الحنابلة بين لفظ وآخر وأجازوا وقوعه بكل لفظ يدل على إنشاء التمليك بنفسه أو بالواسطة، كملكتك ووليتك، وبعتك وغير ذلك من الألفاظ التي تؤدي إنشاء المبادلة بين المالين.

وجاء في بداية المجتهد لابن رشد: أن البيع لا يصح إلاّ بصيغ الماضي من ألفاظ البيع والشراء، وأضاف إلى ذلك: أن الشافعي نص على وقوع العقد بالألفاظ الصريحة والكنايات[1].

وقال السنهوري في الجزء الأول من مصادر الحق: إن الفقه الإسلامي يؤثر صيغة الماضي في العقود لأنها المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية، أما صيغ المضارع والأمر والاستقبال والاستفهام فلأنها تحتمل الحال والاستقبال، ولأن الصيغة التي يتم بها العقد لا بد وأن تتمحض للحال دون الاستقبال، لذلك وجب الرجوع في هذه الصيغ إلى الظروف والملابسات فإن دلت على الحال يتم بها العقد، ونقل عن البدائع أحد مجاميع فقه السنة: أن صيغة الماضي وإن كانت أخباراً عما مضى، إلا أنها في عرف أهل اللغة والشرع تستعمل للإنشاء في الحال، وبالنسبة إلى صيغة المضارع لا بد من قصد استعمالها في إنشاء التمليك في الحال لكي يتم بها العقد، لأن الغالب فيها استعمالها في الاستقبال، وبالنسبة إلى صيغ الاستفهام فقد نقل عن البدائع: أن البيع لا ينعقد بها عند جميع الفقهاء، وقد استخلص السنهوري من مجموع النصوص الفقهية ثلاثة قواعد.

الأولى: أن كل لفظ تتمحض صيغته للحال يؤخذ به ويتم به العقد،

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ص ١٨٧ و١٨٨ من الجزء الرابع، وبداية المجتهد لابن رشد الجزء الثامن ص ١٦٩.

لأن الإرادة الظاهرة فيه واضحة لا نحتاج معها إلى الإرادة الباطنة التي هي عبارة عن النية.

الثانية: كل لفظ تحتمل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة، لأن الإرادة الظاهرة فيه غير واضحة لاحتماله لكلا الأمرين، وذلك كصيغة المضارع.

الثالثة: فيما لو كان اللفظ متمحضاً للاستقبال كصيغ الأمر والاستفهام فلا ينعقد به البيع، ويؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة لوضوحها، ومن هذه الأمور الثلاثة نتج، أن المبدأ العام المتبع هو الأخذ بالإرادة الظاهرة، ونعني بها ما يستفاد صراحة من اللفظ، وهذه الإرادة الظاهرة إن لم تحتمل غير الحال يتم بها العقد، كما في صيغ الماضي، وإن لم تحتمل غير الاستقبال لا تصلح لتكوين العقد، وإن كانت صالحة للأمرين لا بد من الرجوع إلى نية المتكلم، وهي الإرادة الباطنة المعينة لمراده، فإذا تبين لنا أنه قصد بها إنشاء التمليك يتم بها العقد وإلا فلا[1]، ومضى السنهوري يستعرض النصوص الفقهية في مجاميع السنة لينتزع منها المبدأ الذي أشار إليه، ووقف مع فتح القدير شرح الهداية، حيث نص على أن صيغة العقد مهما كانت لا يتم بها العقد إلا مع الإرادة من غير فرق بين بعت وأبيع، فإذا انضمت إليها نية الإنشاء في الحال يتم بهما العقد، كما يتم بصيغة الاستقبال إذا قصد بها البائع الإيجاب في الحال، وقد استفاد السنهوري من هذا النص أن شارح الهداية قد تخطى عناية الفقهاء بالألفاظ واعتمد على النية الباطنة التي هي عبارة عن إرادة المتعاقدين، لأنه لم يفرق بين الماضي وغيره من الصيغ التي يغلب فيها الاستعمال في الاستقبال، مع العلم بأن الفقهاء عند الصيغ في العقود، وينتزعون منها الإرادة الظاهرة، التي هي عبارة عن المعنى الموضوع له اللفظ على حد تعبيره، وإذا صدر اللفظ من المتعاقدين وكان دالاً على الحال، يكشف عن

(١) انظر مصادر الحق الجزء الأول ص ٨٩ و٩٠.

قصدهما لإرادة النقل والانتقال من إنشاء العقد به وبعد أن استعرض السنهوري آراء الفقهاء ونصوصهم الفقهية انتهى إلى النتيجة التالية.

وهي أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة الثلاثة ما عدا أبا حنيفة، وصيغة الماضي يتم بها عند الجميع بلا خلاف في ذلك من أحد، وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لإتمام العقد، ولا ينعقد بصيغة الاستفهام، ولا بصيغة الاستقبال، وأضاف إلى ذلك أن التقنين المدني العراقي في المادة ٧٧ قد أخذ بهذه النتيجة.

وقد رجح الدكتور محمد يوسف انعقاد العقد بطرفيه الإيجاب والقبول بكل لفظ يدل على إرادة المتعاقدين، وبأي لغة كانت تلك الألفاظ، ونسب إلى المالكية والحنابلة والشوافع الوقوف عند الألفاظ المشتقة من مادتي نكح وزوج في عقد النكاح نظراً لأن فيه معنى العبادة، ولأن هاتين المادتين نص عليهما القرآن الكريم في سورة النساء والأحزاب[١].

وأورد عليهم أن هذه النظرة من أولئك الفقهاء مادية شكلية ضيقة، فليس لنا أن نعتد بها وبخاصة أن من مميزات الفقه الإسلامي عدم الشكلية بصفة عامة، واستطرد يقول: إن الأصل في العقود ومنها عقد الزواج قيامها على تراضي الطرفين، هذا التراضي الذي يدل عليه التعبير الصحيح الواضح على إرادة كل منهما، ومن الحرج الذي لا وجه له من الحق تقييد طرفي عقد الزواج باستعمال ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان، ما دامت بجانب هذه الألفاظ ألفاظ أخرى تدل على مرادهما.

ونسب إلى الأحناف أنهم يجيزون انعقاد عقد الزواج بلفظ التزويج والنكاح وغيرهما مما يشتق من هاتين المادتين وبكل لفظ آخر وضع لتمليك

---

(١) قال في سورة النساء: ولا تنكحوا ما نكح آباءكم من النساء الا ما قد سلف. وفي سورة الأحزاب: فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج ادعيائهم.

العين في الحال كلفظ الهبة والصدقة والعطية والبيع والشراء بشرط نية أو قرينة تعين أن المراد هو الزواج، وبشرط فهم الشهود والمقصود(١).

وقال القرافي في الفـردق: إن النكاح ينعقـد بكل لفظ يقتضي التمليـك على التأبيد كالنكاح والتـزويج والتمليـك والبيع والهبـة، وادعى أن الأصحاب يقولون: إنـه إن قصد بلفظ الإبـاحة النكـاح صح ويضمن المهـر، ويكفي أن يقول الزوج بعد ذلك قبلت، ولو قال شخص لآخر زوجني، فقال له: فعلت. فقال ذلك الشخص: لا أرضى. لـزمه النكـاح، لاجتماع جـزئي العقد، ولأن السؤال رضا بحسب العادة، واستطرف القرافي يقول: إن أبا حنيفة جوزه بكل لفظ يقتضي التمليـك على التـأبيـد، وجـوزه مـالـك بكـل لفظ يفهم منـه المتناكحان مقصودهما(٢).

وإذا كـان قيام العقـود على التراضي سـواء في ذلك النكـاح وغيره كمـا يـدعي محمد يـوسف موسى والقـرافي في الفـردق، وإن تقييـد عقـد النكـاح بألفاظ معينة حرج ومخالف للحق على حد تعبير الدكتور محمد يوسف، فمن اللازم الاكتفاء بكل ما يدل على التراضي قولاً كان أم فعـلاً كاللمس والتقبيـل ونحوهما، ولو جاز لنا أن نتعدى عما جاء في القرآن من ألفاظ العقـد وما ورد في السنة الكريمة وجرت عليه سيرة المسلمين والعرف، لو جاز لنا أن نتعـدى عن كل ذلك إلى لفظ الهبـة والعطيـة في إنشاء النكـاح، لم يبق ما يمنـع من الاكتفاء بالأفعال التي تدل على تراضي الطرفين بالزواج، كما يجوز الاعتمـاد عليها في البيع والشـراء عند القـائلين بكفايـة التعاطي فيهمـا، ولا أحسب أن فقيهاً يعتمد في فقهه على كتاب الله وسنة نبيه يلتزم بذلك.

---

(١) انظر المدخل لمعرفة نظام المعاملات عن حاشية ابن عابدين على الدر المختار مجلد ٢ ص ٢٧٥ و٢٧٦.

(٢) انـظر الفروق للقـرافي الجـزء الثـالث ص ١٤٣، وجـاء في أحكـام القـرآن للجصـاص المجلد الثاني ما يؤكد أن الأحناف أجازوه بكل لفظ قياساً على جوازه للنبي (ص) فيما لو وهبت لـه امـرأة نفسهـا كمـا جـاء في الآيـة: وامـرأة مؤمنـة وهبت نفسهـا للنبي، انـظر ص ٤٥١.

التعبير عن الإرادة بغير اللفظ

لقد ذكرنا أن العقد لا يتم إلا بعد توجه إرادة المتعاقدين لإنشائه وإبرامه، وقلنا أن هذه الإرادة كغيرها من الأمور الخفية التي لا بد لها من مظهر، وإن الألفاظ من أقوى الوسائل الكاشفة عن خفايا النفوس، وقد استعرضنا الجانب المهم من النصوص الفقهية فيما يعود إلى الألفاظ التي تتم بها العقود، والسؤال الآن، هو أن التعبير عن الإرادة لا يكون بغير الألفاظ، أو أنه يحصل بغيرها كالإشارة والكتابة، والتعاطي من الطرفين ونحو ذلك من الوسائل التي تكشف عن إرادة المتعاقدين ولو بواسطة القرائن و الملابسات المحيطة بالمتعاقدين.

وبتعبير آخر هل الفقه يقف عند الألفاظ في إبرام العقود، أو أنه يتخطاها مع العجز عنها إلى الإشارة والكتابة والتعاطي كغيره من القوانين المدنية التي تنص على أن التعبير عن الإرادة يتم بكل واحد من هذه الأمور الثلاثة حتى مع تمكن المتعاقدين من استعمال الألفاظ لهذه الغاية[1].

---

(١) تنص المادة ٩٠ من القانون المدني الجديد على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ المتعاقدين موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصودة انظر نظرية العقد لسليمان مرقس، والمدخل لدراسة نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص ٣٢٩.

وهنا يختلف نظر الشرعيين وبخاصة الجعفريين منهم عن المدنيين، حيث إن المجوزين لاستعمال الإشارة والكتابة في العقود، إنما يكتفون بهما بعد العجز عن الألفاظ، أما مع التمكن من استعمال الألفاظ فلم يذهب أحد إلى الإكتفاء بالإشارة والكتابة في إنشاء العقود.

وقد نسب وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة إلى المالكية والحنابلة الاكتفاء بالإشارة والكتابة حتى مع تمكن المتعاقدين من استعمال الألفاظ، ونقل عن حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري أنه قال: وينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما، ولا خلاف بين الجعفريين في أن الاكتفاء بالإشارة ونحوهما إنما هو بعد العجز عن النطق.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه: «إن اعتبار الألفاظ في البيع وجميع العقود مما نقل عليه الاجماع، وتحققت فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص، ولكن هذا يختص بصورة القدرة، أما مع العجز منها كالأخرس مثلاً فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الإشارة مقامه، وكذا مع القدرة لإصالة عدم وجوبه كما قيل. وأضاف إلى ذلك أن النصوص قد دلت على صحة الطلاق من الأخرس، وهي بإطلاقها تشمل صورة تمكنه من توكيل غيره في إيقاع صيغة الطلاق، والنصوص التي أشرنا إليها وإن وردت في الطلاق إلا أن ترخيص الشارع بإيقاع الطلاق من الأخرس بالإشارة هذا الترخيص مع احتياط الشارع وتشدده في الأعراض أكثر من أي شيء كان، يدل على صحة بيعه وجميع عقوده حتى مع تمكنه من توكيل الغير.

وقال في منية الطالب: وكيف كان فسواء قلنا بأن الفعل ليس مصداقاً لعنوان العقد، أو قلنا بأنه مصداق له، ولكن الاجماع قام على اعتبار اللفظ في اللزوم، فالإشارة من الأخرس تقوم مقام اللفظ، وإن لم تقم مقام معاطاته أي أخذه وإعطاءه، وذلك لأن إشارة الأخرس وإن كانت من جملة أفعاله، إلا

أن قصور الفعل عن كونه إيجاداً لعنوان العقد، إنما هو في غير إشـارته، فـإن إشارته لا تقصر عن قول غيره لا سيما عنـد من يفهم مقاصـده الكلية والأمـور الغيـر المحسوسـة، ورجح كفـاية الإشـارة من الأخـرس حتى مـع تمكنـه من تـوكيل غيـره اعتماداً على النصـوص إذا كـانت مفهمـة ووقعت بقصـد إنشـاء المعاملة.

وكما يتم العقد بالإشارة يتم بالكتابة أيضاً إذا لم يتمكن من إنشاء العقد باللفظ والإشارة وقـد اعتمد الفقهـاء في ذلك على بعض النصـوص التي تشير إلى الاكتفاء بالكتابة من الأخرس. ففي رواية أبي نصر البزنطي: أنه سـأل أبا الحسن علي بن موسى الرضـا (ع) عن الرجـل تكون عنـده المرأة يصمت ولا يتكلم، قال (ع) اخرس هو؟ قلت نعم ويعلم منه بغض لإمرأته وكـراهة لهـا، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال لا، ولكن يكتبه ويشهد على ذلك.

وروى أبو حمزة الثمالي عن أبي جعفر الباقر (ع) أنه سأله عن رجل قال لرجل أكتب إلى امرأتي بطلاقها وإلى عبدي بعتقـه، قال (ع): لا يكـون ذلك طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده.

وكفـاية الكتـابة في الـطلاق يدل على الاكتفـاء بها في غيـره من العقود بالأولوية، لأن المعلوم من حال الشـارع أنه احتـاط في الأعراض وتشـدد فيها أكثر من كل شيء.

ويبدو من النصوص الفقهية أن بعض الفقهاء يرجح الإشارة على الكتابة مع التمكن منها، ومن هؤلاء الشيخ الأنصاري بحجـة أنها أصـرح من الكتابـة في التعبيـر عن إرداة المتعاقـدين، بينما رجـح غيـره الكتـابـة مـع التمكن من الإشارة اعتماداً على النصين اللذين نقلناهما عن البزنطي والثمـالي، ومن بين هؤلاء العلامة الحكي في كتبه الثلاثة التحرير والدروس ونهاية الأحكام(١).

---

(١) انظر الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي، والمكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري، ومنية الطالب للخونساري.

ويظهر من الجواهر الاكتفاء بها باعتبارها من مصاديق الإشارة لا فرداً مقابلاً لها، وقد تفرد وحده بهذا الرأي لأن الفقهاء بين من يرى أنها مقدمة على الإشارة، وبين من يرى أن الاكتفاء بها إنما هو بعد العجز عن إنشاء العقد بالإشارة، وبين من تردد في صحة استعمالها في العقود على جميع التقادير، واحتج لذلك بأن الكتابة ليست مصداقاً في العرف والعادة لعنوان عقد أو إيقاع، لذلك لا تصلح لأن تكون آلة لإنشاء النقل والانتقال المقصودين من المعاملة، ولازم ذلك أن الفعل أو الإنشاء إذا لم يكن مصداقاً لعنوان من عناوين العقود والايقاعات بنظر العرف وفي عوائد الناس، هذا الفعل إذا أتى به المتعاقدان بقصد إيجاد تلك العناوين التي هي موضوع للأثر الشرعي والعرفي كالبيع والإجارة والنكاح ونحو ذلك، فقصد إنشاء العقد به والحالة هذه لا يكفي في تكوين العقد إلا إذا كان بنظر العرف من مصاديق العقود، وعليه يكون الاكتفاء بالكتابة في الطلاق لأجل النص، وليس لنا أن نتخذ من ذلك مبدأ عاماً يسري في كل مورد لا يتمكن معه الانسان من التعبير عن مقصوده بالألفاظ، نعم لو كانت الكتابة من جملة الوسائل التي تتم بها العقود بنظر العرف والعوائد المتبعة، تكون النصوص التي نصت على الاكتفاء بها في الطلاق والوصية إقراراً لما هو المتبع المتعارف بين الناس، لا تأسيساً واختراعاً لأمر مستحدث لم يعرف عنه الناس شيئاً، ومعنى ذلك أن النصوص التي أشارت إلى كفاية الطلاق بالكتابة لم تكتف بها تعبداً أو لخصوصية في الطلاق، بل لأجل أن الكتابة مع العجز عن النطق يصح الإعتماد عليها في مقام التعبير عن إرادة المتعاقدين بنظر العرف، ولو كانت أصرح من الإشارة وأقوى دلالة منها تكون لها الأفضلية عليها(٢).

ومن ذلك تبين أن ما نسبه الدكتور وحيد الدين سوار إلى الإمامية من أنهم يرون الكتابة والإشارة من العاجز عن النطق في عرض واحد هذه النسبة لا واقع لها، ذلك لأن فقهاء الإمامية بعد أن أقروا مبدأ الاكتفاء بجميع

---

(٢) انظر منية الطالب ص ١٠٣ و١٠٤ .

الوسائل التي تعبر عن إرادة المتعاقدين العاجزين عن النطق في إنشاء العقود، بعد أن أقروا ذلك انقسموا إلى فئتين أحديها ترجح الإشارة على الكتابة، والثانية ترجح الكتابة عليها تمشياً مع النصوص المروية عن الأئمة (ع) في الاكتفاء بها في الطلاق والعتق كما ذكرنا، وقد اعتمد المؤلف في هذه النسبة على ما جاء في الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي، والموجود فيها لا يعبر عن رأيه النهائي في هذه المسألة، على أن رأي الواحد أو الأكثر لا يعبر عن رأي الإمامية في أي واقعة من الوقائع، ولا تصح نسبة رأي إليهم إلا إذا كان ضرورياً، أو مجمعاً عليه، أو مشهوراً عند الأكثرية الغالبة من فقهائهم المتقدمين والمتأخرين، أما نسبة الرأي إلى الإمامية لمجرد أنّ فقيهاً واحداً أو أكثر قد تبناه أو رجّحه على غيره، فذاك من الأغلاط، لأن فقهاء الإمامية في كل عصر يتخطون حدود المئات ولكل واحد منهم أن يجتهد ويحكم بما يستوحيه من أدلة التشريع، فلو اتفق عشرة من الفقهاء على حكم واقعة من الوقائع وخالف الباقون لا يصح نسبة الحكم إلى الإمامية لمجرد اتفاق العشرة أو الأكثر عليه، ما دام الخلاف واقعاً من طرف الباقين. وقد وقع وحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة في هذا الخطأ أكثر من مرة، كما سننبه على ذلك في خلال المباحث الآتية.

ولعل السبب الذي أوقعه هو وغيره في هذا النوع من الخطأ يعود إلى الأمرين التاليين:

الأول: عدم تعرفهم على فقه الشيعة واستقصاء آراء فقهائهم المنتشرة في أكثر المجاميع والموسوعات الفقهية.

الثاني: جهلهم بطريقة الإمامية في استنباط الأحكام، وبالصلاحية التي يتمتع بها الفقيه الشيعي، وقد استقصينا هذين المبحثين في كتابنا المبادىء العامة للفقه الجعفري[1] ونشير هنا إلى ما فصلناه في الكتاب المذكور بصورة مجملة.

---

(١) من منشورات دار النشر للجامعيين خلال سنة ٩٦٣.

إن المجتهد الشيعي يعتمد في معرفة الأحكام على كتاب الله وسنة رسوله التي رواها الثقاة من المسلمين وعلى المرويات عن أئمة الشيعة باعتبارها تمثل أقوال الرسول وآله (ص) وأفعاله، كما يعتمد على الاجماع باعتباره أيضاً يشتمل على الحجة الشرعية، ويعتمد بالإضافة إلى ذلك على العقل وعلى الأصول والقواعد العامة التي أرجع إليها الشارع في موارد تعذر الوصول إلى النص الكافي لاستخراج الحكم، وله أن يحكم بما يستنبطه من هذه الأدلة حتى ولو خالف أكثر الفقهاء، وأن يتخطى آراءهم جميعاً عندما تحصل له القناعة الكافية من تلك الأدلة، وهذا النوع من الصلاحية التي يتمتع بها الفقيه الشيعي من فوائد فتح باب الاجتهاد الذي لا يزال مفتوحاً من أقدم العصور للتشريع الإسلامي.

ومهما كان الحال فالآراء في الإشارة والكتابة عند الجعفريين إذا اعتبرنا ما ذكره في الجواهر رأياً له لا تتعدى الآراء التالية:

الأول: تقديم الإشارة على الكتابة كما رجح ذلك أكثر الفقهاء.

الثاني: تقديم الكتابة عليها ورجحه جماعة من الفقهاء اعتماداً على النصوص التي تعرضت لطلاق الأخرس، ويدعي وحيد الدين سوار: أنه الرأي المتبع عند الأحناف، وأن القوانين الحديثة قد اتجهت إلى الأخذ به، كما أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري، فلقد جاء فيه: يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المعلومة، ويقع الطلاق باللفظ والكتابة، ومن العاجز عنهما بإشارته المفهمة(٢).

الثالث: مساواة الإشارة للكتابة باعتبار أنها مصداق لها كما رجح ذلك في الجواهر والمراد من الكتابة التي يتم بها العقد: أن يكتب البائع صيغة العقد بقصد إنشاء المبادلة بين المالين في الحال، وعندما تتم الكتابة ينشىء المشتري القبول باللفظ إن كان متمكناً من استعمال الألفاظ، وإلا فبالإشارة أو

---

(٢) المصدر السابق ١١٨.

الكتابة، ولم يتعرض الفقهاء الجعفريون لإنشاء العقود بالمراسلة، كما لو حمل المالك صيغة العقد لشخص بقصد إنشاء النقل على أن يوصلها إلى المشتري، بأن قال له: اذهب إلى فلان، وقل له إني قد بعتك عقاري أو داري بكذا وعندما يبلغ الرسول الرسالة إلى المشتري ينشأ هو بدوره القبول، فيتم العقد بينهما بهذه الصورة، لم يتعرض الفقهاء الجعفريون لإنشاء العقد بالمراسلة على هذا النحو، ذلك لأن العرف لا يرى هذا النوع من الإنشاء مصداقاً لعنوان العقد، بالإضافة إلى أنه لا بد من اتحاد مجلس العقد في مقام إنشاء المبادلة والمعاوضة بين الطرفين، والبائع قد أنشأ الايجاب حينما قال للرسول اذهب إلى فلان وقل له قد بعتك داري، فإذا حمل الرسول هذه الرسالة إلى بلد آخر، أو مجلس آخر ويبلغها لصاحبها، يتعدد مجلس العقد، بمعنى أن الايجاب يكون في مجلس والقبول في مجلس آخر، ويدعي القائلون بصحة التعاقد بهذه الطريقة، إن الرسول ينقل الايجاب مادياً إلى مجلس القبول، فيكون الايجاب والقبول حاصلين في مجلس واحد(1).

ولم يفرق التشريع المدني بين وسيلة وأخرى من وسائل التعبير عن الإرادة، فالإشارة والكتابة وغيرهما من الأفعال تقوم مقام الألفاظ حتى مع التمكن منها.

قال السنهوري في كتابه الوسيط: المادة ٩٠ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، وأضاف إلى ذلك: إن التعبير عن الإرادة يكون صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه كلاماً، أو كتابة

---

(1) انظر مصادر الحق للسنهوري ص ١٠١، وهو من الأغلاط الواضحة، فإن الموجب يحصل منه الإيجاب بقوله للرسول قل لفلان قد بعته عقاري بكذا، وليس الرسول إلا حاكياً وناقلاً لما وقع من غيره، ولو افترضنا أن إنشاء المعاملة يحصل من قول الرسول، تكون من مصاديق الوكالة.

أو إشـارة ونحو ذلـك مما يكـون موضـوعـاً بـذاتـه للكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس، فالتعبير الصريح يكون بالكلام، وألفـاظ العقد قـد يؤديها اللسان مباشرة، وقد يؤديها بالواسطة كـالمخاطبة التلفونيـة، وكايفـاد رسول لا يكون نائباً عنه.

وقد يكون التعبير الصريـح بالكتـابة في أي شكـل من أشكالهـا عرفيـة كانت أو رسمية، في شكل سند أو كتابة، أو نشـرة إعلان مـوقع عليهـا أو غير موقع، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة، واستطرد يقول: ويكون التعبير الصـريح بالإشارة المتداولة عرفاً، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته، وأي إشـارة من غير الأخـرس تواضـع الناس على أن لهـا معنى خاصـاً تكـون تعبيراً صريحاً عن الإرادة، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبـول، وهزه أفقيـاً أو هـز الكتف دلالة على الـرفض، ويكون التعبيـر الصريـح أخيراً بـاتخاذ أي مـوقف آخر لا تـدع ظـروف الحـال شكـاً في دلالتـه على حقيقـة المقصـود، فعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أثمـانها يعتبـر إيجابـاً صريحـاً، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك يعتبر إيجاباً صـريحاً أيضاً.

ويكـون التعبير ضمنيـاً، إذا كـان المـظهـر الـذي اتخـذه ليس في ذاتـه موضوعاً للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجـود هذه الإرادة، مثـال ذلك أن يتصـرف شخص في شيء ليس له بعـد أن عرض عليه أن يشتريه، فيكـون تصرفـه دليلاً على أنـه قبل الشـراء المعروض عليه من قبل المالك، وكالمستأجر إذا بقي في العين المؤجرة بعد نهاية المدة المحددة بينهما وصدر منه عمل يفهم منه أنه أراد به تجديد الايجار[1].

فـالقـانـون لا يفـرق بين اللفظ وغيـره من الأدوات التي تعبـر عن إرادة المتعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية، ولم يستثن القانون المدني من هذا

---

(١) انظر الوسيط ص ١٧٥ وما بعدها.

المبدأ العام إلا بعض العقود الشكلية على حد تعبيرهم، والمراد منها ما لا تتم بمجرد تراضي المتعاقدين، ولا بد منها بالإضافة إلى تراضيهما من اتباع شكل مخصوص كتسجيله في ورقة رسمية يدون فيها العقد، وكما لو اتفق المتعاقدان ابتداء على أن يكون التعاقد النهائي بينهما بالكتابة، فتكون الكتابة في مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العقد بدونها[1].

وقد فرق السنهوري بين الرسالة والكتابة: إن مفعول الكتابة يبقى زمناً طويلاً، فإذا قرىء الكتاب المتضمن للإيجاب في مجلس ولم يقبل الموجه إليه، يبقى مفعول الكتابة بنحو لو قرىء على شخص آخر يصح القبول منه ولو في مجلس آخر، فتكون قراءة الكتاب مرة ثانية على شخص آخر بمنزلة تكرار الايجاب من البائع مباشرة، أما بالنسبة إلى الرسالة، فإذا لم يقبل المرسل إليه الايجاب الذي نقله الرسول إليه ينتفي مفعول الرسالة ولا يبقى لها أثر بالنسبة إلى غيره، ورجح بعض فقهاء السنة تساويها من هذه الناحية، وإن الكتابة لا تزيد عن الايجاب الصادر من البائع مباشرة، فكما يبطل مفعوله فيما لو رفض الطرف الآخر القبول، كذلك يبطل مفعول الكتاب لو رفض الموجه إليه القبول[2].

وقد أورد السنهوري بعض النصوص الفقهية التي تصرح بانعقاد البيع بالرسالة والكتابة من البائع ونقل ذلك عن البدائع، وفتح القدير، والدر المختار، والشرح الكبير للمالكية وغيرها، كما نقل عن جماعة من فقهاء السنة عدم الاكتفاء بالكتابة والرسالة في إنشاء العقود مع التمكن من استعمال الألفاظ مباشرة، وهو الرأي الشائع بين الشافعية، وحجتهم في ذلك أن الضرورة لا تفرض الاعتماد على كتاب الغائب للتعبير عن إرادته، ما دام باستطاعته أن يوكل من يقوم بإبرام العقد نيابة عنه.

---

(١) نفس المصدر ص ١٥١.

(٢) انظر المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٣٣.

وقـال الشيرازي أحـد فقهاء الشـافعية: وإن كتب رجـل إلى آخـر ببيـع سلعـة، ففيه وجهـان أحدهمـا أن البيع ينعقـد بذلـك لأنه مـوضوع ضـرورة، والثاني لا ينعقد وهو الصحيح(١).

وقد قسموا الكتابة إلى ثلاثة أقسام، كتابه غير مستبينة، وكتابـة مستبينة، وكتابة مرسومة، والمراد من الكتـابة غيـر المستبينة هي مـا ليس له وجـود بعد الانتهاء منه كالكتابة في الهواء وعلى الماء، والرأي الشائع بينهم عدم الاكتفاء بها في تكوين العقد، قال في البدائع: وان كتبت على الماء أو الهواء، فذلك ليس بشيء، ولا يقـع بها الـطلاق وإن نوي لأن مـا لا يستبين به الحـروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالعدم.

ونسب الأستـاذ علي الخفيف في كتـابـه فـرق النكـاح: إلى البكـري والشعبي الاكتفاء بهذا النوع من الكتابة وحجتهما في ذلك أن الكاتب قد كتب في هذه الحالة حروف تعبيره فكان كما لو كتبها بشيء له بقاء.

والمراد من الكتابة المستبينة هي ما له بقـاء بعد الفـراغ منه، كـالكتابـة على الورق وعلى اللوح من غير أن يوجهها لشخص معين، ومن أمثلة ذلك ما لو كتب على ورقة امرأتي طالق، أو كتب بعت عقاري لزيد مثلاً، وهـذا النوع من الكتابة لا يكشف عن الإرادة كشفاً جازماً ولا بد من سؤال الكاتب عن نيته في مثل ذلك، فإن قال إني نويت الطلاق أو البيع يقعان بها وإلا فلا.

وأما الكتابة المرسومة فهي الرسالة الموجهة لشخص معين ومعنونـة إليه كأن يكتب إلى زوجته: يا فلانة أنت طالق، أو إلى شخص خاص باسمه، قد بعتك داري أو عقاري، وهذا النوع من الكتابة يعبر عن الإرادة تعبيراً كـاملاً، ويجري مجرى الخطاب مشافهة، وجاء في البدائع للكاساني حول هذا النـوع من الكتابة:

وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثـل أن يكتب أما

(١) التعبير عن الإرادة ص ٢٠٩.

بعـد يا فـلانة أنت طـالق، فيقع الـطلاق بذلـك، ولو قـال بأني لم أقصـد بـه الطلاق لا يصدق في قوله. وأضاف إلى ذلك، أن رسـول الله (ص) وآله كـان يبلغ مرة بالخطاب، ومرة بالكتابة، وثالثة بإرسال الرسل، وذلك دليـل على أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب[1].

والظاهر أن محل الخلاف بينهم في جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة هو هـذا النوع منهـا، وقد اعتبـرها المـالكية والحنـابلة بمنزلـة الألفاظ، من حيث جواز الاعتماد عليها بين الحاضرين والغائبين مع تمكنهما من التلفظ أو تـوكيل الغير بإنشاء صيغة العقد وعدمه.

ولم يكتف بهـا الأحناف والشـافعية مـع حضور المتعـاقدين في مجلس واحد، ومع تمكنهمـا من إنشاء العقـد بالصيغـة، وإذا لم يكونـا مجتمعين في مجلس العقـد بأن كـانا غـائبين، فالـرأي الشائـع بين فقهاء المـذاهب الأربعة جواز الاعتماد عليها في تكوين العقـود حتى مع التمكن من تـوكيل حـاضرين في إنشـاء المعاملة أو النكـاح، وفي مقابـل ذلك رجـح بعضهم عدم الاكتفـاء بها، ومن هؤلاء الشافعي وبعض أتباعه كما ذكرنا.

وعندما نقارن بين الكتابة والإشارة من ناحية إعتمـاد الفقهاء عليهمـا في تكوين العقود، نجد أن الكتابة قد وجـدت المكان الـرحب الواسـع بين فقهاء السنـة فقد اكتفى بهـا المـالكيـة والحنـابلة حتى من القـادرين على استعمـال الألفاظ المجتمعين في مجلس واحد، وبـالنسبة إلى الغـائبين فقد ذهب أكثـر الفقهاء إلى الاعتماد عليها في العقود المـالية وغيـرها كعقـد النكاح والـطلاق ونحوهما.

أما الإشارة فلم يكن لهـا بنظر الفقهـاء السنيين تلك المنزلـة الواسعـة، وقد أجمعوا على كفايتها في التعبير عن الإرادة من الأخرس ومن اعتقل لسانـه بعـد أن كان يتكلم على شـرط أن يستمر معـه الخرس طيلة حيـاته، ويشتـرط

---

(١) المصدر السابق ص ٢٠٨ و٢٠٩.

بعضهم في جواز الاعتماد على إشارته أن يحصل اليأس من شفائه، بينما يرجح فريق منهم عدم جواز الاعتماد عليها إلا بعد مرور سنة كاملة عليه وهو بتلك الحالة، وبالنسبة إلى الصحيح القادر على التلفظ بالصيغة، فالمالكية والحنابلة يكتفون بإشارته في إنشاء العقود، ويؤيد ذلك ما جاء في أعلام الموقعين لابن القيم قال: فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة[1].

وجاء في شرح الخطاب للمالكية: كل لفظ أو إشارة فهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود، وأضاف إلى ذلك: والإشارة أولى بالجواز من المعاطاة لأنها مصداق للكلام، قال تعالى: آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلّا رمزاً. والرمز هو الإشارة[2].

والرأي الثاني للأحناف والشافعية، وهو عدم الاكتفاء بالإشارة مع التمكن من الألفاظ، وجاء في الأشباه والنضائر لابن نجيم: وإن لم يكن معتقل اللسان لا تعتبر إشارته، ونص في البدائع، إن من حلف أن لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه، فكتب أو أشار لا يحنث لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام، وقد ذكرنا سابقاً أن الشافعي لم يكتف بوقوع العقد من الغائبين بالكتابة، والإشارة أولى بعدم الاكتفاء بها في حال اجتماع المتعاقدين وتمكنها من إنشاء العقد بالصيغة المتعارفة في العقود والمعاوضات[3].

* * *

(١) انظر أعلام الموقعين ج ١ ص ١٨٩.
(٢) انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٢٢.
(٣) انظر مصادر الحق ج ـ ١ للسنهوري ص ١٠٦ و١٠٧

التعبير عن الارادة بالتعاطي مع الطرفين

لقد ذكرنا أن الألفاظ هي الـوسيلة الأولى المفضلة في مقام التعبيـر عن إرادة المتعاقدين، وأن غيرها من الوسائل كالكتابة والإشارة والرسـالة والقـرائن الكـاشفـة عن رغبـة المتعـاقـدين، والإقـدام على عمـل لا يمكن تفسيـره إلا بافتراض قصد المبادلة بين المالين منه، وأشرنا إلى آراء الشرعيين والمـدنيين في الموارد التي يجوز فيها استعمال هذه الوسـائل، والمقصـود بالتعـاطي من الطرفين الذي تحدث عنه الفقهاء بعنوان المعاطاة، هو إنشاء العقـد بالمبـادلة بين المـالين بأن يسلم البـائع العين إلى الـطرف الآخـر ويستلم منـه العـوض المقابل لها بقصد إنشـاء التمليك من الـطرفين في الحال بنحـو يكون التسليم والتسلم الحاصلين منهما بمنزلة الايجاب والقبول اللفظيين، وقد اختلفت آراء الفقهاء في تكوين العقود بالأخذ والإعطاء من الطرفين بقصد الإنشاء والتمليك أشد الاختلاف واحتلت هذه المسألة مكاناً واسعاً في كتب الفقهـاء الإسلاميين على اختلاف مذاهبهم، وبحثها الجعفريون مفصلاً بجميع فروضها وأقسامها، والخلاف بين الفقهاء في كفاية التعـاطي لإنشاء العقـود يرجـع إلى أن الألفاظ التي اعتاد الناس على استعمالها في عقودهم ومعاملاتهم ونص الفقهاء عليهـا في مجاميعهم الفقهية باعتبارهـا من الشروط التي يجب أن تتـوفر في العقـود، هـذه الألفاظ هـل هي بنـظر الشـارع من شـروط إبـرام العقـود ولـزومهـا على

المتعاقدين، بعد فرض أن العقد يتم بها وبغيرها من الأفعال التي يقصد منها إنشاء التمليك والمبادلة بين المالين؟ أو أنها من شروط صحة العقد بنحو لا يقع العقد بدونها مملكاً للبائع ولا للمشتري، ولو افترضنا ذلك فلو أنشأ الطرفان المعاملة بالتعاطي، فهل يكون هذا العمل فاسداً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار، أو أنه يفقد ميزة العقود المملكة، وينتج منه إباحة التصرف لكل من الطرفين فيما استلمه من الآخر؟ هذه الأسئلة لقد أجاب الفقهاء عنها، ولكنهم لم يلتقوا في أجوبتهم على حل واحد والمتحصل من مجموع آرائهم حول هذه المسألة ينتهي إلى الحلول التالية:

الأول: إفادتها الملك ولزوم العقد بالتعاطي المقصود به إنشاء المبادلة بين المالين، ولازم ذلك، أن الألفاظ ليست وحدها الوسيلة إلى إبرام العقود بيعاً كانت أو غيرها، فكل ما يكشف عن إرادة المتعاقدين قولاً كان أم فعلاً يتم به العقد وهو المنسوب إلى الشيخ المفيد أحد أعلام الإمامية في القرن الرابع الهجري(1).

الثاني: إن الألفاظ المتعارفة في إنشاء العقود من شرائط لزوم العقد، أما التمليك المقصود بالمعاوضة فيتم بكل ما يدل على إنشاء التمليك والتملك، من غير فرق بين الأفعال والأقوال، وقد رجح هذا الرأي وتبناه جماعة من مشاهير فقهاء الشيعة منهم المحقق الكركي في المجلد الثاني من جامع المقاصد، والنص الفقهي الذي يشير إلى هذا الرأي هو النص التالي:

المعروف بين الأصحاب أنها أي المعاطاة بيع، وإن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية(2)، وقد رجع عنه في كتبه التي ألفها بعد

---

(1) وقد توفي في مطلع القرن الخامس سنة ٤١١ هجرية.

(2) وهو العلامة الحلي أحد فقهاء الشيعة في القرن الثامن الهجري سنة ٧٢٦، وهو من أعيان فقهاء الإمامية في مطلع القرن الثامن وقد ترك في الفقه والأصول والفلسفة وغير ذلك من المؤلفات التي تدل على سعة علمه وعمق تفكيره مجموعة من المؤلفات لا تزال بنظر العلماء والباحثين من أبرز الآثار الإسلامية.

(النهاية)، وأضاف إلى ذلك أن قوله تعـالى: أحل الله البيـع يتناول المعـاطاة لأنها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها، لأنها عنـدهم بيع فـاسد، وقـوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض يشملها وغيرها إلا ما أخرجه الدليل من هذا العموم، واستطرد يقول: وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب أحد العينين يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، لامتناع إرادة الإباحة المجـردة من أصل الملك، ومقصـود المتعاطين، هو التمليك، فإذا لم يحصل الملك بالتعاطي مع هذا القصد لا بد وأن تكـون فـاسدة لبقـاء كل من العـوضين على ملك صاحبـه، ولازم ذلـك عـدم جـواز التصرف في العوضين موضوع التعاطي لغير المـالك الأول، على أن الإبـاحة التي يدعيها أنصار هذا القول في مقابـل الملك، فكيف تتحقق ملكية شخص لمال شخص آخر لمجرد تلف ماله في يد الآخر[1] والمتحصل من ذلـك: أن الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد صريحة كـالألفاظ لم تؤثـر أثر الألفـاظ الصريحة التي تلزم المتعاقدين بمـا التزمـا به، أمـا الملك فيكفي في حصولـه قصد التمليك الحاصل من إنشاء الطرفين بالأخذ والإعـطاء، وحيث إنها تفيـد الملك الجائز فيجوز لكل من الطرفين أن يسترجع ما سلمـه للطرف الآخر مـا دام استرجاعه ممكناً.

الثـالث: إن إنشاء البيـع بالتعـاطي لا ينتج منـه إلا الإباحـة المـطلقـة لجميع التصرفات بالعوضين حتى التي لا تسوغ لغير المالـك كوطيء الجـارية ورهن العين المقبوضة بـالتعاطي وهبتهـا ونحو ذلـك، وهذا الـرأي ليس بأقـل شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء من الرأي السابق، ومع ذلك فقد تعرض للنقـد من جهتين:

---

(١) المحقق الكركي، هو الشيخ عبد العال الكركي، هـاجر إلى إيـران وانتهت إليه الـزعامـة الدينية في عهد الحكام الصفويين، ومن أبرز مؤلفاته في الفقه كتابه جامع المقاصـد في مجلدين وكـانت وفاتـه في إيران سنـة ٩٣٧ هجريـة، وجاء في الكنى والألقـاب للشيخ عباس القمي أن وفاته كانت سنة ٩٤٠ هجرية في مدينة مشهد من بلاد إيران.

الأولى: أن القصد لا بد من مراعاته في العقود وإذا قصد المتعاطيان التمليك وقلنا بكفاية ذلك في إنشاء العقود لا بد من حصول المقصود لهما وهو التمليك، فحصول الإباحة المجردة عن الملك بالتعاطي المقصود به التمليك كما يدعي أنصار هذا الرأي يلزمه عدم الاعتداد بقصد المتعاقدين وإن قلنا بعد كفاية التعاطي في إنشاء العقود لزم أن لا يترتب عليها أي أثر من الآثار مهما كان نوعها كما هو الحال في جميع العقود الفاسدة.

الثانية: إن إباحة جميع التصرفات لكل منهما بما حصل في يده، هذه التصرفات من آثار الملكية، والمفروض أن المعاطاة لا تفيد الملك، فلا بد من سبب غيرها لإباحة تلك التصرفات التي لا تصح لغير المالكين، وقد اعتذر عنهم الكركي بأن الإباحة التي يدعونها عبارة عن الملك الجائز، كما اعتذر عنهم الشيخ صاحب الجواهر بأنهم يقولون بأنها تفيد الإباحة فيما لو قصد المتعاطيان الإباحة دون التمليك.

ولقد بالغ مؤلف كاشف الغطاء في الكتاب المذكور في الإنكار على من نسب هذا الرأي إلى الكثرة من العلماء، وادعى أن القول بذلك لا يجوز أن ينسب إلى أصاغر الطلاب فضلاً عن مثل هؤلاء العلماء، وبعد أن هاجم هذا الرأي من جهات متعددة، اختار كفاية التعاطي في حصول التمليك لكل من المتعاطيين، وأيد ذلك بالسيرة الجارية بين الناس على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الأملاك وترتيب آثار الملك عليه كعتق العبد المقبوض بالتعاطي ووطىء الجارية ونحو ذلك من التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين[1].

الرابع: إن المعاطاة لا تفيد أكثر من إباحة الإنتفاع بالعوضين، أما التصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالبيع والشراء والإتلاف وعتق العبد

---

(١) هو أحد فقهاء الشيعة في القرن الثاني عشر الهجري وبعد ان ألف كتابه المسمى بكشف الغطاء أصبح اسم الكتاب علماً عليه وعلى من تناسل فيه إلى اليوم، وقد ولد سنة ١٦٥٦ هجرية وكتابه «كشف الغطاء» يدل على عظمته وسعة إطلاعه وعمق تفكيره.

ونحو ذلك فالمعاطاة لا تكفي لجوازها، ولم ينسب هذا الرأي لغير الشهيد، والشيخ الطوسي في المبسوط ومن مجموع ذلك تبين أن أكثر الآراء شيوعاً وانتشاراً بين الفقهاء الجعفريين القول بإفادتها الملك الجائز، وإفادتها إباحة جميع التصرفات، وقد ذكرنا أن هذا الرأي الأخير على كثرة أنصاره كان هدفاً لهجوم عنيف من القائلين بإفادتها الملك الجائز وبخاصة من الشيخ جعفر في كتابه كشف الغطاء.

وقد حاول الخونساري في تقريراته أن ينتصر إليه بما حاصله، أن البيع عبارة عن تبديل مال بمال، ومرد ذلك إلى تبديل طرفي الإضافة المالكية، وهذا النوع من التبديل بما أنه ليس من الأمور الخارجية لا بد له من شيء يدل عليه، والأفعال بنفسها قاصرة عن أداء هذا المعنى، وإباحة التصرفات من آثار تسليط كل من المالكين الطرف الآخر على ملكه، وليست من آثار قصد التمليك، لأن المعاطاة هي عبارة عن تسليم كل واحد ما له للآخر بنحو المعاوضة، وبهذا التسليط المالكي يباح لكل واحد منهما أن يتصرف فيما وصل إليه وإن لم يكن مقصوداً بنفسه، فإذا لم يتحقق الملك المقصود بالمعاطاة، يبقى لكل من الطرفين الحق في التصرف لأنه معلول للتسليط المالكي الحاصل بالمعاوضة بين المالين[1].

ورجح بعض الفقهاء أن تكون إباحة التصرفات بالعوضين قد أباحها الشارع بقصد التسهيل على الناس نظراً لكثرة التعامل بالتعاطي بدون الصيغة، ولازم ذلك أن المعاطاة لا تؤثر شيئاً، ولكن انتشارها بين الناس كان سبباً للتسهيل عليهم وإقرارهم على ما جرت سيرتهم عليه[2].

وقال السيد محمد بحر العلوم في بلغة الفقيه: إن المقصود بالمعاطاة أمران التمليك، وإباحة التصرفات بمعنى أن تسليط كل من الطرفين للآخر

---

(١) انظر منية الطالب للخونساري البحث المعاطاة.

(٢) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري.

على ماله أثران بنظر المتعاطيين التمليك وإباحة التصرفات، وبما أن قصد التمليك لا يكفي في ملكية كل منهما للعوض الذي انتقل إليه نظراً لأن الصيغة شرط في العقود المملكة، يبقى الأثر الثاني لوجود سببه وهو التسليط الحاصل من كل منهما[1] وبهذا اللحاظ تتميز المعاطاة عن البيع الفاسد، ذلك لأن إباحة التصرفات في العين المقبوضة بالبيع الفاسد، وإن كانت من آثار تسليط كل من المتعاقدين للآخر على ماله، إلا أن التسليط في العقود الفاسدة من توابع الملكية المترتبة على العقد بزعم المتعاقدين، فإذا لم تحصل الملكية من جهة فساد العقد لا يبقى محل للتسليط لأنه من آثارها كما هو المفروض.

ومهما كان الحال فالمشهور بين المتقدمين من فقهاء الشيعة أن المعاطاة لا ينتج منها إلّا إباحة التصرف في العوضين بكل أنواع التصرفات، وعند المتأخرين من الفقهاء أنها تفيد الملك الجائز على حد تعبيرهم ولكل واحد منهما أن يسترجع ما سلمه للآخر ما دام موجوداً وقد انتصر لهذا الرأي عدد كبير من فقهاء الشيعة المبرزين كصاحب الجواهر، وصاحب بلغة الفقية والشيخ الأنصاري في مكاسبه، وشراحها للسيد كاظم اليزدي والشيخ محمد حسين الأصفهاني والخونساري في منية الطالب، وغيرهم، قال الشيخ الأنصاري:

وذهب جماعة من الفقهاء تبعاً للمحقق الكركي[2] إلى حصول الملك إذا كان البيع بالتعاطي المجرد عن الألفاظ للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معامل الملك من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تصح إلا من المالكين، كعتق العبد وبيع الأعيان موضوع التعاطي وتوريثها ونحو ذلك، ويدل عليه قوله تعالى: أحل الله البيع، حيث

---

(١) انظر بلغة الفقيه في الفقه الجعفري.

(٢) أحد فقهاء الشيعة في مطلع القرن العاشر هاجر من لبنان إلى إيران وتوفى بها سنة ٩٤٠ هجرية، وقد ذكرنا لمحة عنه في بعض التعليقات السابقة.

تدل الآية بمنطوقها على صحة كل ما يسمى بيعاً بنظر العرف، ومما لا شك فيه أنها من أفراد البيع بنظر العرف والمتشرعة أيضاً، واستطرد يقول، إنا لا نحتاج إلى قوله(ص): الناس مسلطون على أموالهم لإثبات أن المعاطاة بيع مملك، وذلك لأن الحديث الشريف ناظر إلى جعل السلطنة للمالك على ملكه من حيث التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي لا تتنافى مع المبادىء الشرعية، ولا دلالة فيه على أن تصرف المالك بماله بالتعاطي مملكاً للطرف الآخر كما هو مفروض الدعوى.

وقال السيد كاظم في حاشيته على مكاسب الأنصاري: والأقوى أنه مع ذلك بيع إذا كان في مقام البيع وبقصده، بل الأقوى أنه لازم لما سيأتي من الأدلة الدالة عليه بعد كونه بيعاً، وأضاف إلى ذلك أن المتمسكين بالشريعة كانوا ولا يزالون يجرون على المعاطاة أحكام البيع، ولا يفرقون بين المال المأخوذ بالمعاطاة وبين المال المأخوذ بالصيغة، ولم يخالف بذلك أحد من فقهاء الإمامية، على أن التردد في إفادتها الملك يرجع إلى أن العقود المملكة لا تتم إلا بالألفاظ، وليس في النصوص الشرعية ما يضمن هذا الإدعاء، على أن الأدلة العامة تكفينا لإثبات كونها من العقود اللازمة، ومن جملتها «أوفوا بالعقود» وهذه العمومات وحدها تكفي لصحة المعاطاة ولزومها، وعدم اعتبار الصيغة شرطاً في صحة العقود والمعاملات.

وأقصى ما يمكن أن يستدل به على أن العقود المملكة لا تتم إلا بالصيغة الأمور التالية:

الأول: الإجماع الذي ادعاه ابن زهرة[1]، وهو من الإجماعات بخبر

(١) أحد فقهاء الإمامية في القرن السادس، هو أبو المكارم الحمزة بن علي بن زهرة الحسيني من أفاضل فقهاء الإمامية وبيتهم من البيوت المعروفة بالعلم والفقه في حلب يوم كان التشيع في تلك البلاد منتشراً بين أهلها وقد عد الشيخ عباس القمي في كتابه هدية الأحباب في الكنى والألقاب جماعة من علماء بني زهرة وكانت وفاة أبو المكارم سنة ٦٨٥ هجرية ودفن في حلب.

الـواحد والتي لا تصلح دليـلاً على الأحكام كمـا نص على ذلك أكثـر علمـاء الإمامية[1].

الثاني: النصوص الناهية عن بيع المنابذة والملامسـة والحصاة، وإلغـاء الشارع لهذه العقـود الثلاثـة يوحي بـأن العقود بيعـاً كانت أو غيـرها لا تتم إلا بالصيغة، وهذا الدليـل لا يكفي أيضاً لإثبـات ذلك، لأن هـذه الطرق الثـلاثة كانت تستعمل عندهم لتعيين المبيع بعد إنشاء البيـع بالصيغـة اللفظيـة، وكان البائع يقول للمشتري بعتك ما تقع عليه الحصاة بكذا، أو ما لامسته وقـد منع الشارع عن أمثال هذه المعاملات من حيث اشتمالها على الغرر الحـاصل من جهـالة المبيـع وعدم تعيينـه حين البيع، ولم يثبت أنهم كـانوا يستعملون هـذه الـطرق في إنشاء العقـود، ولو افتـرضنا ذلـك، فلا يلزم من المنـع عنها عـدم صحة البيع بالتعاطي.

الثالث: بعض المرويات التي تعرضت لكيفية بيع المصحف وغيـره من الأعيان، وقد اشتملت على الصيغة في مقام الإيجاب، وقد جـاء في بعضها: لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتري الحديد والجلود، وقل اشتـري منك هـذا بكذا إلى غير ذلك من المرويات الموزعـة في مختلف الأبواب الفقهيـة، ومن هذه النصوص استفاد بعض الفقهاء اعتبار اللفظ شرطاً في صحة العقد، ولكن الـذي يبدو من تلك المـرويات أنهـا بصدد بيـان ما يصـح التعـامـل عليـه من الأعيان من حيث جواز وقوعه عوضاً في مقام البيع، وليست ناظرة إلى الكيفية التي لا بد منها في صحة العقد.

الـرابع: النصـوص التي تصرح بـأن التحليل والتحـريم لا يكـون بغيـر الكـلام، فقد روى ابن أبي عميـر عن خالـد بن الحجاج أنـه قال: قلت لأبي عبد الله الصادق (ع) الـرجل يجيئني ويقـول اشتري لي هـذا الثوب واربحـك عليـه كذا وكـذا، فقال (ع) أليس إن شـاء أخذ وإن شـاء ترك؟قلت بلى، قـال

---

(١) انظر رسائل الشيخ مرتضى الأنصاري، وكتابنا المبادىء العامة للفقه الجعفري.

لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام، فمن هذه الرواية وغيرها رجح بعض الفقهاء أن الكلام شرط في صحة العقد وإباحة التصرفات بالعوضين، وعدم كفاية التعاطي في المعاوضات المملكة، ولكن من غير المستبعد أن يكون المراد من هذه النصوص أن الإتفاق الحاصل بين البائع والمشتري قبل شراء العين من مالكها الأول، لا يمنع من شرائها وبيعها له بالربح الذي اتفقا عليه، أما لو باعها له قبل شرائها من مالكها، هذا البيع لا يصح، لأنه قد باع ما هو ملك لغيره، ويكون المعنى المتحصل من هذه الرواية ونظائرها أن الإتفاق والمقاولة بين البائع والمشتري لا تمنع من شرائها من المالك الأول وبيعها للذي اتفق معه، لأن الاتفاق السابق معه لم يكن بعنوان البيع، ولو كان بعنوان البيع يكون فاسداً من حيث إن المبيع ملك لغيره والذي يؤكد هذا المعنى من الرواية أن السائل قد استعلم من الإمام (ع) عن الإتفاق الحاصل بين البائع والمشتري، وأنه هل يمنع من صحة البيع بعد شراء العين من المالك الأول أم لا؟ والإمام (ع) قبل الجواب النهائي تأكد من السائل عن نوعية هذا الإتفاق، وبعد أن أجابه السائل بأن المقاول غير ملزم بشيء قبل شراء العين من مالكها، بعد أن أجابه بذلك قال (ع) إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام، والمتحصل من جوابه هو أن المقاولة الأولى لا توجب تحريم البيع لأنها ليست بيعاً، ولو حصلت بصيغة الإيجاب والقبول تكون فاسدة، لأنها وقعت على ملك الغير[1].

ومن مجموع ما تقدم تبين أن القول بصحة المعاطاة وإفادتها الملك هو القول الشائع المشهور بين فقهاء الإمامية، وأن القول بفسادها لم ينسب إلا إلى العلامة الحلي في كتابه نهاية الأحكام، وقد نص الشيخ الأنصاري وغيره أنه قد تراجع عنه في غيرها من كتبه، كما رجح بعضهم عدم الفرق بينها وبين العقود التي تتم بالألفاظ من حيث لزومها ووجوب الإلتزام بها، كما بينا، ومن بين هؤلاء الشيخ المفيد، والسيد كاظم اليزدي، والشيخ الأنصاري، ولكنه لم

(١) انظر حاشية السيد كاظم على المكاسب.

يجزم بذلك تخوفاً من الإجماع المضنون وجوده على عدم لزومها، وحتى أن القائلين بأنها لا تفيد سوى إباحة التصرفات بجميع أنواعها لم يدعوا بأنها من العقود الفاسدة، بل يذهبون إلى أنها معاملة قائمة بذاتها تؤثر في إباحة التصرفات لكل من الطرفين في العوض الذي انتقل إليه، ومع أن النصوص الفقهية في كتب الإمامية صريحة بأنه لم يذهب إلى فسادها أحد من الفقهاء إلا العلامة الحلي في النهاية وتراجع عنه أخيراً، فقد نسب وحيد الدين سوار، والسنهوري وغيرهما إلى الإمامية أنهم يقولون بفساد المعاطاة ويحترمون الألفاظ إلى حدود التقديس، وقد اعتمدا في نسبة هذا الرأي إلى الإمامية على الجواهر ومفتاح الكرامة، مع العلم بأن الشيخ النجفي قد أكد لأكثر من مناسبة بأنها من العقود المملكة، وهاجم القائلين بأنها لا تفيد أكثر من إباحة التصرف بالعوضين لكل من المتعاطيين.

قال السنهوري في مصادر الحق: ومذهب الشيعة الجعفرية كمذهب الشافعي لا يجيز التعاقد بالمعاطاة، وأضاف إلى ذلك: وجاء في مفتاح الكرامة، ولا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطني، فلا ينعقد بشيء من الكنايات كالتسليم، وكذا الحال في جانب القبول وسائر العقود، ولا تكفي فيها المعاطاة ولا الإشارة إلا مع العجز[1].

وقال وحيد الدين سوار ناقلاً عن الجواهر: ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك بدون الإيجاب والقبول في الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك في العقود، فالمعاطاة تعتبر إباحة لا غير، ونقل عن مفتاح الكرامة ما يشير إلى ذلك، ونسب هذا الرأي إلى فقهاء الشيعة، وأكد في خلال حديثه عن المعاطاة أن فقهاء الإمامية لا يسمون التعاطي بيعاً على سبيل الحقيقة[2].

---

(١) انظر مصادر الحق الجزء الأول ص ١٢٤.

(٢) انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٤٧ و٢٤٨ و٢٥١.

والنص الفقهي الذي نقله وحيد الدين سوار عن الجواهر هو للمحقق صاحب الشرائع[1] الموسوعة الفقهية المسماة بالجواهر، هي شرح لكتاب الشرائع، وقد ذكرنا أن الجعفريين لم يتفقوا على رأي واحد في حكم المعاطاة، وأن الرأي المشهور بين فقهائهم أنها تفيد الملك، وأن بعضهم قد بالغ وادعى عدم الفرق بينها وبين غيرها من العقود من حيث إفادتها الملك اللازم، وإذا صح لنا أن ننسب إلى الإمامية ما يعبر عن رأيهم في هذه المسألة فنسبة هذا الرأي إليهم أصدق من نسبة غيره من الآراء فيها إليهم، لأنه هو الرأي الشائع المنتشر بين فقهائهم، وتؤيده الأصول والقواعد العامة التي وضعها الشارع مرجعاً في العقود وسائر أنواع المعاملات كما ذكرنا في الصفحات السابقة.

ويبدو من النصوص الفقهية أن المعاطاة التي اختلفت فيها آراء الفقهاء تختص بصورة ما لو حصل التعاطي من الطرفين بقصد إنشاء العقد، فلو حصل الإعطاء من طرف البائع ولم يدفع المشتري الثمن، فالمشهور بين الفقهاء أن هذا النحو من التعاطي لا يكفي في إنشاء المعاملة، ذلك لأن كفاية التعاطي من الطرفين في تكوين العقد من حيث إن التعاطي من الطرفين بنظر العرف والشرع من مصاديق العقد، ولا يكفي قصد عنوان المعاملة في إنشاء العقود ما لم تكن الآلة المعبرة عن هذا العقد مصداقاً للعقد بنظر العرف، فإذا حصل الإعطاء من طرف واحد فقصد البيع بتسليم العين إلى الطرف الآخر لا يجعله بيعاً ما لم تحصل المبادلة بين المالين من الطرفين، لأن إنشاء المعاملة بالتعاطي من الطرفين يقوم مقام الإيجاب والقبول اللفظيين، فكما لا يكفي في إنشاء العقد إيجاب البائع وحده كذلك لا يكفي

---

(١) أحد فقهاء الإمامية في القرن السابع الهجري وهو من أعيان فقهاء الشيعة وقد ألف في مختلف المواضيع، ومن أبرز ما كتبه في الفقه كتابه المعروف بشرائع الإسلام وقد اتخذه جماعة من الفقهاء المتأخرين عنه أساساً لمؤلفاتهم الفقهية، توفي سنة ٦٧٤.

إعطاء مالك العين وحده بدون تسليم الطرف الآخر العوض المقابل لها[1].

وقد رجح الشهيد الثاني الإكتفاء بتسليم أحد الطرفين واستلام الآخر منه في إنشاء البيع، فيكون إعطاء البائع إيجاباً منه للبيع، وأخذ المشتري منه بقصد المعاوضة قبولاً ويستقر الثمن في ذمته[2]، وقد بينا أن مجرد الأخذ والإعطاء بقصد البيع لا يكفي ما لم يكن من مصاديق البيع بنظر العرف.

وهل تجري المعاطاة في غير البيع من العقود، أو تختص بالبيع ولا تكفي في غيره من أنواع العقود والمعاملات؟ الظاهر من النصوص الفقهية الاكتفاء بها في جميع العقود، قال العلامة الحلي في التذكرة: لا فرق بين البيع وغيره من هذه الجهة، فإذا أمر شخص شخصاً بعمل على عوض معين فعمله استحق عليه الأجرة، ولو كانت إجارة فاسدة لا يستحق عليه شيئاً، ولا سيما مع علمه بالفساد، ولو وهب إنسان شيئاً لشخص بغير إيجاب وقبول لفظيين جاز للموهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بكل أنواع التصرفات[3] وقال الشيخ مرتضى الأنصاري: والأظهر بناءً على جريان المعاطاة في البيع جريانها في غيره كالإجارة والهبة لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما.

وقال في منية الطالب: إن الأفعال لا بد وأن تكون مصداقاً لعناوين العقود ليصح انشائها بها، ومن ثم تصبح بعد الإنشاء مصداقاً للعقد، وتشملها

---

(1) انظر منية الطالب للخونساري ص ٦٨ و٦٩.

(2) الشهيد الثاني أحد فقهاء الإمامية في القرن العاشر الهجري، وهو زين الدين بن نور الدين علي بن أحمد بن محمد الجبعي، ومؤلفاته في الفقه من أبرز ما ألف فيه، وله مسالك الأفهام في شرح الشرائع، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للشهيد الأول، وكانت وفاته سنة ٩٦٥ قتلاً على يد الحكومة التركية ظلماً وعدواناً في القرب من القسطنطينية.

(3) أحد فقهاء الشيعة في أوائل القرن الثامن الهجري وقد أشرنا إلى لمحة من تاريخه في الصفحات السابقة.

أدلة ذلك العقد، وبما أن الفعل يمكن وقوعه على وجوه متعددة فلا بد من القرينة المعينة لجهة الفعل الذي استعمل آلة لإنشاء العقد، فكون المعطي في مقام البيع قرينة على أن إعطائه بقصد إنشاء البيع، وهكذا لو كان في مقام القرض أو الهبة، أو العارية والوديعة وغير ذلك من العقود، وليس للقرينة المعينة لجهة الفعل أي أثر في إنشاء المقصود بالفعل، وبه وحده يتم إنشاء المعاملة بعد تعيين جهة الفعل الصادر عن المتعاطين، وأضاف إلى ذلك: أن المعاطاة تجري في البيع والهبة والقرض والإجارة والعارية والوديعة، لأن الفعل إما بنفسه مصداق لأحد هذه العناوين، أو ملازم له، فلو لم يكن إعطاء كل منهما ما له للآخر بيعاً فلا أقل من كونه تسليطاً، ومن جهة العادة والسيرة المستمرة من قصد البيع به يقع بيعاً ومن ذلك تبين أن الأفعال يمكن أن تؤدي مهمة الألفاظ فيما لو كانت عنواناً للمعاملة المقصودة للمتعاطين من غير فرق بين أنواع العقود وأصنافها، أما ما لم يمكن وقوعه إلا بالألفاظ أما لأن مفهومه متقوم باللفظ كالوصية والضمان والعتق مثلاً، وأما لأن الشارع قد جعل السبب المؤثر منحصراً في الألفاظ المخصوصة كالنكاح مثلاً، على أن إنشاء النكاح بالفعل لا ينفك عن المخالفات الشرعية في الغالب[1]. ومع أن المعاطاة ليست من العقود اللازمة حتى عند أكثر القائلين بأن البيع بالتعاطي يفيد التمليك، فقد اتفق الفقهاء على أنها تلزم فيما لو تلف العوضان بأي سبب حصل التلف، ولازم ذلك عدم الحق لكل منهما بالرجوع على الطرف الآخر بالمثل أو القيمة على جميع الآراء والمذاهب فيها، وقد حاول فريق من الفقهاء تعليل هذا الحكم بما حاصله، أنه على القول بإفادتها الملك، فالعوض التالف يذهب من ملك مالكه ولازم القول بجواز التراجع والرجوع إلى المثل أو القيمة، لازم ذلك كون الإنسان ضامناً لماله، على أن جواز التراجع كان ثابتاً للمتعاطيين في استرجاع العوضين وبعد التلف لا يبقى محل لذلك، كما وأنه لا مجال لاستصحاب الحق الذي كان ثابتاً لكل منهما في

---

(١) انظر منية الطالب ص ٨٠ والمكاسب وغيرها من المجاميع الفقهية.

العوضين، لأن حقهما كان متعلقاً باسترجاع العين، وتبلغهما ينتفي الموضوع من أساسه، ولا بد من الاستصحاب من وحدة الموضوع في القضيتين المتيقنة والمشكوكة.

أما بناء على أن المعاطاة لا تفيد أكثر من إباحة التصرفات بجميع أنواعها فرجوع كل منهما على الآخر بعد التلف بالمثل أو القيمة يتوقف على أن تكون يد كل منهما على المأخوذ بالتعاطي بنحو الضمان، وبناء على أن المعاطاة لا تفيد الملك، فكل من العوضين يبقى على ملك صاحبه ولا يكون مضموناً على الطرف الآخر، ولازم القول بالتراجع هو الرجوع إلى المثل أو القيمة، والرجوع إلى الاستصحاب لا ينفع في المقام لما ذكرناه في الصورة الأولى، هذا بالإضافة إلى الإجماع على لزوم المعاطاة فيما لو تلف العوضان[1].

وقد ألحق الفقهاء بذلك، ما لو باع كل من المتعاطيين العين لشخص آخر بعقد لازم، أو وهبها هبة لازمة، لعدم التمكن من استرجاع العوضين والحالة هذه، من غير فرق بين كونها مملكة، أو مفيدة لإباحة التصرف لا غير.

ولو استرجع المتعاطيان العوضين بسبب فسخ العقد الثاني، فهل يعود لهما الحق في التراجع فيما لو أراد أحدهما أن يرجع في المعاطاة، أو تبقى المعاطاة على لزومها ولا يحق لأحدهما الرجوع فيما أعطاه للطرف الآخر

---

(١) انظر بلغة الفقيه وغيرها من الموسوعات الفقهية، ورجح جماعة من الفقهاء جواز التراجع بعد التلف عملاً بالقواعد الشرعية لولا قيام الإجماع على عدمه، أما بناء على أنها من العقود المملكة فلأن حق الرجوع الثابت للمتعاطيين في استرجاع العوضين كحق الخيار، ومن المعلوم أن لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد والرجوع إلى البدل فيما لو كانت العين تالفه، وأما بناء على أنها لا تفيد أكثر من إباحة التصرف، فكل من المتعاطيين لم يسلم ملكه إلى الآخر مجاناً وبلا عوض، بل سلمه له وسلطه عليه في مقابل العوض الذي استلمه منه، وبما أنه لا يزال على ملك مالكه يكون مضموناً على من تلف بيده.

عوضاً عن ماله؟ لقد رجح جماعة من الفقهاء جواز الرجوع لكل منهما بما أعطاه للطرف الآخر، وذلك لأن المانع من التراجع عدم التمكن من استرداد العين بسبب طرو العقد الثاني وحيث انحل العقد الثاني واسترجع كل منهما ماله من الآخر، أصبح بإمكان المتعاطيين الرجوع إلى مالهما واسترداه من الطرف الآخر.

ورجح آخرون عدم الحق لهما في ذلك، لأن هذا الحق كان ثابتاً لهما قبل خروج العوضين عن ملكهما بعقد لازم، وبعد لزومها بسبب العقد الثاني الواقع على العوضين لا يبقى مجال للرجوع إلى حكمهما الأول بمجرد انحلال العقد الثاني.

ولو امتزج العوضان بعد المعاطاة بنحو لم يعد بالإمكان تمييزهما، فبناء على أنها تفيد الملك لا بد وأن يلتزم بلزومها في مثل ذلك، لعدم التمكن من إرجاع العوضين لمالكهما، وبناء أنها لا تفيد أكثر من إباحة التصرف، فلا موجب لارتفاع سلطنته على ماله التي كانت ثابتة له قبل امتزاجهما[1].

أما لو تصرف المتعاطيات في العوضين تصرفاً مغيراً لصورتهما، كما لو طحنا الحنطة، وفصلنا الثياب ونحو ذلك، فالظاهر في مثل ذلك جواز التراجع على القولين لبقاء العوضين والحالة هذه وتمكن كل منهما من استرداد ماله.

ولو مات المتعاطيان، أو مات أحدهما، فلو بنينا على عدم الزوم العقد بالنسبة للمتعاطيين فجواز التراجع لهما في المعاملة مرجعه إلى فسخ العقد الواقع بينهما بالأخذ والعطاء، لو كان مرجعه ذلك، يكون جواز التراجع الثابت لكل منهما حقاً من حقوق المتعاطين فينتقل هذا الحق لورثة الميت منهما عملاً بقاعدة ما ترك الميت من حق فلوراثه أما لو كان جوازاً التراجع

---

(١) والحق عدم الفرق بين الصورتين، إذ لم يكن متمكناً من استرجاع ماله كما هو المفروض لأن جواز التراجع الثابت للمتعاطيين ثابت لهما في ظرف التمكن من استرجاع العوضين، والمفروض عدم التمكن من ذلك كما هو محل الافتراض.

من الأحكام الثابتة للمتعاطيين، فتلزم المعاطاة بموتهما أو بموت أحدهما، لأن الأحكام لا تورث كما أوضحنا ذلك في الفصول السابقة[1].

ولو خرج المتعاطيان أو أحدهما عن أهلية التصرف لسبب الجنون أو السفه أو غيرهما ينتقل هذا الحق لوليه الشرعي المكلف برعاية مصالحه[2].

ومن مجموع ما ذكرناه عن المعاطاة بنظر الجعفريين تبين أن الفقه الجعفري لم يتعصب للألفاظ، ولم يتشدد في تقديسها كما يزعم ذلك السنهوري في مصادر الحق، ووحيد الدين سوار في كتابه التعبير عن الإرادة، ولم يذهب أحد من فقهاء المذهب الجعفري إلى أن المعاطاة غصب كما يدعي وحيد الدين سوار[3]، ذلك لأن إلحاقها بالبيع الفاسد كما نسب إلى العلامة الحلي في كتابه المعروف بالنهاية، وعدم إفادتها لغير إباحة التصرفات كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء لا يجعلها مصاديق الغصب، لأن القائلين بأنها لا تكفي لتمليك العوضين يلتزمون بأنها من المعاملات الصحيحة القائمة بذاتها، ويصح للمتعاطيين أن يتصرفا بالعوضين بكل أنواع التصرفات حتى التي لا تصح من غير المالكين، وإذا بلغ التصرف حداً أصبح معه استرجاع العوضين متعذراً تتحول إلى عقد لازم لا يجوز التراجع فيه بأي نحو كان، وقد أشرنا إلى ذلك في خلال حديثنا عن أحكامها وآثارها.

* * *

(١) وقد رجح هذا الرأي الشيخ الأنصاري ونسبه لجماعة من الفقهاء أيضاً.
(٢) انظر مكاسب الشيخ مرتضى الأنصاري، التنبيه السادس من تنبيهات المعاطاة.
(٣) انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٢٩.

المعاطاة بنظر المذاهب الفقهية الأربعة

لقد ذكرنا فيما سبق أن الجعفريين لم يتشددوا في أمر العقود أكثر من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى، ومنهم من لا يرى للألفاظ ميزة على غيرها من الأدوات الكاشفة عن الإرادة في الموارد التي يسوغ فيها استعمال غير الألفاظ، وقد ذكرنا أن فقهاء الشيعة مجمعون على صحة المعاملة بالتعاطي من الطرفين، وكل ما في الأمر أنهم بين من يقول بإفادتها التمليك كغيرها من العقود اللفظية، وبين من يقول بأنها معاملة صحيحة قائمة بذاتها تؤثر في إباحة التصرف لكلا الطرفين بالعوضين، تستمد شرعيتها من العمومات والقواعد العامة التي أثبت السلطنة للإنسان على ماله، بينما نرى المذهب الشافعي لا يجيز التعاقد إلا بالألفاظ، والمذهب الحنفي في بدايته لا يجيز التعاقد بها إلا في الخسيس من الأشياء، ولعلنا لا نعدو الحقيقة لو قلنا بأن المذهب الجعفري أوسع من بقية المذاهب الإسلامية من حيث عدم التقديس للألفاظ، وبالرغم من ذلك فقد اتهمه المؤلفون في العقود بالجمود والتحيز لجهة الألفاظ، ولا منشأ لهذه النسبة سوى جهلهم بالفقه الشيعي وعدم تقصيهم لنصوصه ومبادئه، ولا بد لنا ونحن نحاول أن نثبت هذه الحقيقة عن عرض لبعض النصوص الفقهية من المذاهب الأربعة، وعلى ضوئها نترك للقارىء أن يحكم بما يريد.

قال العلامة السنهوري في مصادر الحق نقلاً عن البدائع في الفقه الحنفي: إن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة، ونسب هذا الرأي إلى القدوري أحد الفقهاء، ورجح هو صحتها في الخسيس والنفيس لقيام حقيقة البيع بها من غير فرق بين الأمرين.

وجاء في الجزء الخامس من فتح القدير: أنه ينعقد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس، وقد قدر النفيس بنصاب السرقة فصاعداً، والخسيس بما دونه.

وجاء في الفتاوى الهندية: أن المشايخ قد اختلفوا في حكم المعاطاة، فقال بعضهم: إن البيع بالتعاطي تم في الأشياء الخسيسة، كالبقل واللحم والخبز والحطب ونحو ذلك، ولا يتم فيما هو أعلا من ذلك.

وقال آخرون: إنه ينعقد بكل شيء مهما كانت كميته، وجاء عن الزيلعي الجزء الرابع وغيره عدم كفاية التعاطي في غير الأشياء الخسيسة، وكما لم يتفق الأحناف على رأي واحد في الاكتفاء بالتعاطي في إنشاء البيع وغيره من العقود، لم يتفقوا أيضاً على الإكتفاء بالإعطاء من طرف واحد، ونقل جماعة من فقهائهم عن محمد بن الحسن الشيباني أحد التلاميذ المقربين من أبي حنيفة، أنه يكفي في إنشاء البيع قبض أحد البدلين الثمن أو المثمن، وانتصر له جماعة من فقهائهم، وأكثرهم على عدم الإكتفاء بالتعاطي من طرف واحد في إنشاء العقد، كما نص على ذلك الحلواني، وصاحب الدر المختار وغيرهما[1].

وجاء في التعبير عن الإرادة: أن الفقه الحنفي لم ينظر في أول الأمر إلى المعاطاة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وإنما انتهى إليها بالتدريج، وكان يؤثر اللفظ أولاً، ونظراً لذلك فقد حصروا التعاطي في الأشياء الخسيسة،

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري الجزء الأول ص ١٠٩ و١١٠ و١١١.

ولكن لا على أساس أنه بيع، ولذا فإن من حلف أن لا يبيع فباع بالمعاطاة لا يحنث، ذلك لأن العقد قول له حكم المستقبل كما عرفه سعدي جلبي في شرح العناية على الهداية، ومعنى ذلك أنه لا يتم تنفيذه بمجرد صدوره، والمعاطاة تكون نافذة بصدورها لأنها عبارة عن تسليط كل من الطرفين الآخر على ملكه في مقابل ملك الآخر، وأخيراً اتجه الرأي الراجح عندهم إلى جريانها في الخسيس والنفيس، وأصبح العرف يراها وسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين وكاشفة عن رضاهما بتلك المبادلة[1].

ويدعي السنهوري: أن الفقه الحنفي كما تطور وانتهى إلى جريانها في الحقير والنفيس، مر بمرحلة أخرى كان فيها ضيقاً في بدايته، وانطلق إلى مرحلة أوسع منها، فبعد أن كان لا يرى تمام العقد إلا بالتعاطي من الطرفين، أصبح يكتفي بالقبض من أحدهما والإعطاء من جانب واحد، وقد أنكر وحيد الدين سوار هذا التطور في الفقه الحنفي الذي أشاد به الأستاذ السنهوري، وادعى أن الفقه الحنفي من ناحية الاكتفاء بها من طرف واحد لا يزال جامداً، ولم يذهب إلى الإكتفاء بها بالإعطاء من طرف واحد إلا محمد بن الحسن الشيباني ونفر قليل من الفقهاء والمشهور بين فقهاء الأحناف عدم الاكتفاء بها في إنشاء البيع إلا بالتعاطي من الطرفين، وبعد أن عرض وحيد الدين سوار المراحل التي مر بها الفقه الحنفي بالنسبة للمعاطاة، قال: إن المذهب الشيعي والشافعي جمدا في مكانهما ولم يتزعزعا عن النقطة التي بدأ فيها المذهب الحنفي، وتخلف المذهب الشيعي عنه في المرحلة الأولى من المراحل التي مر بها، فبينما يرى إفادتها الملكية ويعتد بها في المحقرات، نرى الرأي السائد في المذهب الشيعي يتخلف عن المذهب الحنفي ويرى التعاطي وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية في أي شيء كان[2].

---

(١) انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٣٩.

(٢) انظر التعبير عن الإرادة ص ٢٤٤.

ونحن بدورنا نتمنى للأستاذ سوار وغيره أن يطلعوا على الفقه الشيعي ويمارسوه قبل أن يحكموا عليه أو له بشيء، ونعلم بأنهم لو اطلعوا عليه وتتبعوا آراء فقهاء الشيعة لعرفوا أن الفقه الشيعي أكثر انطلاقاً ومرونة وتيسيراً من غيره، وقد بينا في الصفحات السابقة أن أكثر الجعفريين يرون التعاطي وسيلة من الوسائل التي يتم فيها التمليك، ويعتدون به في الخسيس والنفيس، وبعضهم لم يفرق بينه وبين العقود المنشأة بالألفاظ الصريحة من حيث عدم جواز التراجع عن المعاملة إلا إذا طرأ ما يسوغ لهما التراجع عنها.

وقد توسع المالكية في المعاطاة من حيث الإكتفاء بها في إنشاء العقود، ولم يفرقوا بين المحقرات وغيرها ولا بين التعاطي من الطرفين والإعطاء من طرف واحد، وكل ما في الأمر أنها لا تلزم في الإعطاء من طرف واحد إلا بعد استلام العوض الآخر، وقد جاء في الشرح الكبير للدرديري الجزء الثالث: وإن حصل الرضا بالمعاطاة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات، فيلزم البيع فيها بالتقايض، وما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن، فقد أوجد أصل العقد لا لزومه، ولا يتوقف العقد على دفع الثمن، فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه، وقد نص على ذلك الدسوقي وغيره.

وقال في تهذيب الفرق: لقد توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة، وهي الأفعال دون شيء من الأقوال، وزادوا على ذلك فقالوا كلما عده الناس بيعاً فهو بيع.

ومن ذلك تبين أن المذاهب الثلاثة تلتقي كلها في الإكتفاء بالمعاطاة في تكوين العقد ولا خلاف بينهم في أصل المبدأ وهم بين من توسع بها بالنسبة لجميع الأشياء ولو كان الأقباض من طرف واحد، وبين من لا يكتفي بها إلا في المحقرات إذا حصل التعاطي من الطرفين.

وقد وقف الشافعية في مقابل جميع المذاهب الفقهية في هذه المسألة، وأمعنوا في التمسك بالألفاظ، ولم يعتمدوا على غيرها في إنشاء العقود، وقد جاء في المهذب لبعض فقهاء الشافعية: ولا ينعقد البيع إلا بالايجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليها، ونص أحد فقهائهم في الوجيز: بأنها لا تكفي لإنشاء البيع إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تؤكد عدم الاعتداد بالتعاطي كوسيلة في التعبير عن إرادة المتعاقدين.

ومن مجموع ما تقدم تبين أن المذاهب الإسلامية بأكثريتها تعتمد على الألفاظ أكثر من جميع الوسائل التي تعبر عن إرادة المتعاقدين باستناء المذهب الحنبلي الذي يكتفي بكل ما يدل على التراضي ويكشف عن إرادة المتعاقدين، ولو لم يكن بالألفاظ أو التعاطي.

قال ابن القيم في أعلام الموقعين: فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة على المقاصد، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان جاز الاعتماد عليه، وتستوي في ذلك الإشارة والكتابة والإيماء والقرائن والدلالة العقلية ونحو ذلك مما يكشف عن المراد[1].

والعقدة الوحيدة التي يقف عندها القائلون بعدم الاكتفاء بالتعاطي في إنشاء العقود من فقهاء السنة. هو أن التعاطي من الأدوات الظنية التي لا تترجم عما في النفس ترجمة تقطع التردد وتنفي الإحتمالات الأخرى، ذلك لأن التعاطي يحمل معنى المبادلة، وهو عنصر مشترك بين جملة من المفاوضات المالية ولا يقتصر على البيع، ولا يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاوضات وقد جاء التعاطي خالياً عن كل لفظ يرسم حدودها، فلا مناص إذن من الرجوع إلى القول المترجم عما في النفس، لأنه الوحيد في تحديد

---

(١) انظر أعلام الموقعين الجزء الأول ص ٢١٨.

نوع المبادلة التي تقصد من التعاطي، وأضاف إلى ذلك في الروض النضير. إن البيع ليس هو مجرد الرضا بالمبادلة، وإلّا لما كان ثمة فرق بينه وبين سائر الإنشاءات، وقد ثبت كونها أنواعاً متباينة، كالبيع والإجارة والرهن والهبة المعوضة، والصلح على مال وغير ذلك، ولكل واحد منها ماهية تخصه، والرضا الذي لا بد منه في المعاوضة جنس لا بد منه في جميع تلك المعاوضات، فلا بد في معرفة كون العقد بيعاً أو إجارة أو صلحاً أو هبة من بيان كل منهما باسم يخصه، وليس إلا القول المترجم عما في النفس، والرجوع إلى غيره رجوع إلى غير ما أمر الله، على أن الآيات القرآنية يستفاد منها حصر الوسائل التي يتم بها التعاقد بالألفاظ، ومن ذلك قوله سبحانه: أحل الله البيع وحرم الربا، وقوله واشهدوا إذا تبايعتم، وليس ببعيد كما يدعي صاحب الروض النضير. أن يكون المراد من هاتين الآيتين أن البيع الحلال هو الذي يتم التعبير عنه بصيغة البيع وما يؤدي معناها من الصيغ المتعارفة في المعاوضات على حد تعبيره[1].

ولقد وجد المتعصبون للألفاظ هجوماً عنيفاً من فقهاء الحنابلة الذين لم يروا للألفاظ أي ميزة على غيرها من الوسائل الكاشفة عن رأي المتعاقدين وأورد نقوضهم وأدلتهم ابن قدامة الحنبلي في المجلد الرابع من المغني، وأبو بكر الجصاص في أحكام القرآن وغيرهما[2]. ولقد ناصر الأستاذان الشيخ محمد أبو زهرة والشيخ علي الخفيف الرأي الحنبلي الذي يعتد بالتراضي بأي وسيلة كان لفظاً أو غيره من التصرفات والأفعال التي تكشف

---

(١) وقد أورد ابن قدامة الحنبلي في المغني على من استدل بهاتين الآيتين على أن البيع لا يتم إلا بألفاظ البيع وما يؤدي معناها بأن هاتين الآيتين ليس الغرض منهما بيان الوسيلة التي لا بد منها في إنشاء البيع، بل المقصود منهما إقرار ما تعارف بين الناس بعنوان البيع إذا لم يؤدي إلى الربا وأكل المال بالباطل وبلا عوض.

(٢) انظر أحكام القرآن للبحصاص المجلد الثاني ص ١٧٣ وانظر التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ٢٥٦.

عن إرادة المتعاقدين ومقصودهما[1].

ثم إن القائلين بأن البيع لا ينعقد بها كما نقلنا ذلك عن الشافعية بين من يقول بأنها معاملة فاسدة لا تبيح لأي من المتعاطيين أن يتصرف فيما وصل إليه من الطرف الآخر وعليه إرجاعه لمالكه إن كان موجوداً وإلا ارجع إليه مثله أو قيمته، وبين من يرى أنها تبيح لكل منهما أن يتصرف فيما قبضه من الآخر.

أما الناحية الدينية على حد تعبيرهم، فيظهر من بعض فقائهم أن المعاطاة من كبائر الذنوب، قال في حاشية نهاية المحتاج للرملي: إن عقد المعاطاة من الكبائر، ونص بعضهم أنه من صغائر الذنوب وأنه لو وقعت معاملة بالتعاطي بين شافعي ومالكي، يكون المالكي عاصياً لأنه سهل المعصية للشافعي وأعانه عليها ويحرم على الشافعي أيضاً لاعتقاده بعدم مشروعيتها، ومن أمثلة ذلك ما لو لعب الشافعي مع الحنفي بالشطرنج، فيكون الشافعي عاصياً وإن لم يذهب الى حرمة اللعب به ولكنه يكون عاصياً لأنه أعان الحنفي على المعصية باعتقاده، ونص الرملي في المجلد الثالث من نهاية المحتاج على عدم حرمة التعامل بالتعاطي[2].

والنزاع في المعاطاة من حيث الحكم التكليفي لا مورد له عند الجعفريين، لأن لكل منهما أن يتصرف فيما انتقل إليه من الطرف الآخر حتى عند القائلين بأنها لا تفيد التمليك، نعم مع بقاء العوضين لو تراجعا وامتنع أحدهما عن إرجاع ما أخذه من الآخر يكون آثماً وضامناً له فيما لو تلف بيده.

* * *

(١) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٢٠٥ و٢٠٦، وأحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٥٥ و١٥٦.

(٢) انظر التعبير عن الإرادة ٢٤٧.

الترتيب بين الإيجاب والقبول

من المعلوم أن تسمية المعاملة عقد، باعتبار أن ما أنشأه كل من الطرفين مرتبط بما أنشأه الطرف الآخر، وهذا الارتباط قد يتحقق بإيجاب أحدهما وقبول الآخر، كما لو صدر منه بلفظ قبلت أو رضيت وأمضيت وغير ذلك مما يؤدي هذا المعنى، وقد يحصل بلفظ آخر، كاشتريت وارتهنت ونحو ذلك، ذلك لأن العقود قسم منها يتقوم بالإعطاء والأخذ من الطرفين كالبيع والإجارة والصلح والنكاح وغير هذه مما لا بد فيه من الأخذ والإعطاء والالتزام والالزام من الطرفين، وقسم منها يتحقق بالإعطاء من طرف واحد كالهبة والصلح المحاباتي والرهن، وقسم ثالث منها يحصل بمجرد الإنشاء المجرد عن المعاوضة المالية كالعقود التي يقصد منها إباحة التصرف، أو حفظ الأعيان أو الاستنابة ومن ذلك الوكالة والعارية والوديعة، هذه العقود الثلاثة تحصل بالإنشاء وحده، ولا يتوقف تحققها على الأخذ والإعطاء من الطرفين أو من أحدهما.

ثم إن تمييز البائع عن المشتري في القسم الأول من العقود، مرة يكون بالقصد والإعتبار، وأخرى يكون من مقتضيات العقد، ما لو عبر المشتري عن

إرادته بلفظ قبلت أو اشتريت مثلاً، فإن العقد بذاته يدل على أن الموجب هو الأول، والقابل هو الثاني، وإذا لم يعبر المشتري بأحد هذين اللفظين أو ما يؤدي معناهما فالتمييز بينهما يكون بالقرائن الخارجية عن العقد، لأن العرف فيمن ملك داره لشخص بمبلغ من النقود يرى مالك الدار هو البائع، ومعطي النقود هو المشتري، كما يرى الزوجة موجبة في عقد النكاح لأنها تعطي نفسها للزوج، والزوج هو القابل، لأنه يقبل منها ذلك، ويعطيها مبلغاً من المال في مقابل ما أعطته إياه، وإذا كان العوضان من النقود، أو كانا من العقارات أو غيرهما من الأعيان الخارجية، فإن من يقصد تمليك ماله لغيره بعوض فهو البائع، ومن يقصد تملك ذلك المال بالعوض فهو المشتري، فكل من البائع والمشتري ينشأ أمرين أحدهما بالمطابقة والآخر بالإلتزام، فالبائع الموجب ينقل ماله إلى ملك المشتري مطابقة، ويتملك مال المشتري عوضاً عن ماله التزاماً، والطرف الآخر القابل يتملك مال البائع بقبوله مطابقة، وينقل ماله إلى البائع التزاماً، وبنتيجة ذلك لو أنشأ كل من الطرفين العقد بلفظ شريت وأعطيت مثلاً، فالذي ينشأ هذا اللفظ أولاً هو البائع الموجب، والذي أنشأ بعده هو القابل، لأن البائع هو من يقصد تمليك ماله لغيره بعوض، والذي أنشأ أولاً هو الذي قصد ذلك، والطرف الثاني وهو المشتري قد أنشأ تملك ذلك المال بالعوض الذي اتفقا عليه، فيكون المتقدم هو الموجب والمتأخر هو المشتري القابل، ولا يجوز تقدمه على الإيجاب سواء كان بلفظ قبلت أو بغيره من الألفاظ الأخرى، لأن إنشاء المشتري المتضمن نقل ماله عوضاً عن نقل البائع ماله إليه، هذا النقل من المشتري لا يصدق إلا بعد صدور النقل من البائع، وهو بخلاف الإيجاب الحاصل من البائع، فإنه من حيث مفهومه لم يصدر منه للمصادقة على أمر سابق عليه، وإن كان تأثيره الخارجي متوقفاً على القبول.

ومجمل القول أن تبديل المال بعوض من حيث كونه صادراً من الموجب لا يتوقف إنشائه على القبول، أما القبول من الطرف الثاني الحاصل

بإنشاء المشتري فلا بد وأن يكون مسبوقاً بإنشاء البائع، لأن المعنى المقصود من القبول لا يمكن أن يتحقق ولو في عالم الاعتبار إلا بعد وقوع الإيجاب من الموجب، لأنه مرتبط به إنشاء وتأثيراً، وعلى ذلك فعقود المعاوضة سواء كانت المعاوضة من طرفين كالبيع والإجارة والنكاح، أو من طرف واحد كالهبة والرهن وغيرهما لا بد فيها من تقديم الايجاب على القبول، ولا يلزم ذلك في بقية العقود التي لا تفيد أكثر من إباحة التصرف والاستئمان كالعارية والوكالة والوديعة، باعتبار أن الغرض من هذه العقود يحصل بأي نحو كان[1].

وقال في الجواهر: الأشهر بين فقهاء الإمامية تقديم الإيجاب على القبول، ورجح جماعة منهم جواز تقديم القبول على الإيجاب إذا لم يكن بلفظ قبلت، ذلك لأن صدق العقد لا يتوقف على الترتيب بين الايجاب والقبول، ومن جهة ثانية فإن كلاً من الثمن والمثمن عوض عن الآخر، وبهذا الاعتبار يمكن أن يكون المشتري موجباً والبائع قابلاً، وليس المراد من تبعية القبول للإيجاب تبعية اللفظ للفظ، بل المراد منها التزام المشتري بما التزم به الموجب سواء تقدم إنشائه أو تأخر[2].

وقد اعتمد أنصار هذا الرأي بالإضافة إلى ما تقدم على مروية أبان بن تغلب عن الصادق (ع) التي تعرضت لكيفية عقد النكاح ونصت على صحته ولو في حال تقدم القبول على الايجاب من الزوجة وقد جاء فيها تقول لها: أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه، فإن قالت نعم فهي امرأتك. وجاء عن الرسول (ص): أنه زوج امرأة من سهل الساعدي واكتفى بالقبول الصادر منه قبل إيجابها وجاء فيها أنه قال له زوجنيها يا رسول الله. «فقال عليه وعلى آله الصلاة والسلام: زوجتكها بما معك من القرآن».

والذي رجحه الشيخ الأنصاري في المكاسب أن المتعاقدين إذا اعتمدا

---

(١) انظر منية الطالب للخونساري ص ١١٠ و١١١.

(٢) انظر الجواهر كتاب المتاجر شروط العقد.

لفظ البيع والقبول في إنشاء المعاوضة لا يصح تقديم القبول على الايجاب، وإذا اعتمدا غيرهما من الألفاظ، كاشتريت وملكت وتملكت وابتعت ونحو ذلك بناء على أنه يتم العقد بهذه الألفاظ ونحوها، فإذا اعتمدا هذه الألفاظ يصح تقديم القبول من المشتري ويتم العقد بذلك[1].

ويبدو أن الخلاف الواقع بين الجعفريين في هذه المسألة واقع بين فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة، وفي ذلك يقول الأصفهاني: إن القبول باعتباره قبولاً للايجاب لا يتم العقد بتقديمه عليه، ذلك لأن الايجاب هو ما صدر أولاً سواء كان بائعاً أم مشترياً، فكما أنه لو قال المالك بعتك الدار بعشرة دنانير يكون موجباً، كذلك لو قال الطرف الآخر اشتريت هذه الدار منك بعشرة دنانير يكون موجباً، وعلى هذا الأساس لا يتصور تقديم القبول على الايجاب لأن من يبادر إلى الإنشاء أولاً يكون هو الموجب والذي ينشأ بعده هو القابل، ونص المالكية على جواز تقديمه إذا كان بلفظ الأمر، كما لو قال المشتري لمالك الدار: بعني هذه الدار، فقال له المالك بعتك. فإن العقد عندهم يتم بمجرد ذلك ولا يحتاج إلى القبول من المشتري بعد إيجاب البائع، ومع أنهم قد اتفقوا على أن العقد يتم في هذه الحالة فقد رجح جماعة منهم عدم لزومه وجواز التراجع لكل منهما فيما التزم به للآخر.

وقال الشافعية: إذا كان القبول بلفظ الأمر يصح تقديمه على الايجاب ويتم العقد بالقبول المتقدم والايجاب المتأخر، وإذا كان بلفظ الاستفهام كما لو قال له المشتري: هل تبيعني الدار؟ فقال له المالك: بعتك إياها، فلا بد من القبول في هذه الحالة.

وقال الحنابلة: إذا كان القبول بلفظ الأمر والماضي والمضارع يصح تقديمه ويتم بذلك العقد، وإذا كان بلفظ الاستفهام فلا ينعقد البيع إلا بإنشاء المشتري القبول بعد إيجاب البائع[2].

---

(١) انظر المكاسب شروط العقد.

(٢) انظر الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الثاني ص ١٥٦ و١٥٧ و١٥٨.

اتصال القبول بالإيجاب

لقد نص جماعة من فقهاء الإمامية على أنه لا بد من الاتصال بين الايجاب والقبول، ذلك لأن كل ماهية تتألف من مجموعة من الأجزاء التدريجية لا تتحقق الماهية إلا بعد وجود الأجزاء بكاملها، ومن المعلوم أن الفصل بين أجزاء المركب إذا كان موجباً لعدم صدق العقد الذي اعتبره المشرع موضوعاً للآثار المقصودة للمتعاقدين وجب تحاشيه والإتيان بالأجزاء بنحو يصدق وجود العقد بعد وجود الأجزاء بكاملها، ومما لا شك فيه أن العرف لا يرى مانعاً من وجود العقد فيما لو كان الفاصل يسيراً، كما لو تأخر القبول عن الايجاب فترة من الزمن ليتأكد المشتري من صلاح هذه المعاملة بالنسبة إليه ما دام في مجلس العقد، أو تكلم الطرفان بين الايجاب والقبول بكلام خارج عن المعاملة قبل أن يعبر المشتري عن إرادته، أما لو سكت طويلاً وانتهى مجلس العقد وتفرق الطرفان عنه، ثم رجع بعد يوم أو بعض يوم وأنشأ القبول، فلا يصدق العقد في مثل هذه الحالة، ويبطل أثر الايجاب الصادر من البائع.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: ثم إن المعيار في الموالاة موكول إلى العرف كما في الصلاة والقراءة والآذان ونحو ذلك، والاتصال الحقيقي ليس شرطاً في صحة العقد، والعرف لا يرى الفصل بالكلام الطويل ما دام

المتعاقدان في مجلس العقد مخلاً بالموالاة ومانعاً عن صدق العقد، وفصل في منية الطالب بين العقود العهدية كالبيع والاجارة والصلح والهبة والرهن وبين غيرها كالعارية والوديعة والوكالة، فأكد اعتبار الموالاة في النوع الأول من العقود، وعلل ذلك بأن صدق العقد عليها مفاده أن كلاً من إنشاء البائع والمشتري مرتبط بالآخر ويراهما العرف كلاماً واحداً، كما هو الحال في كل أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد، ومع الفصل الطويل يصبح كل واحد من الأجزاء عنواناً مستقلاً قائماً بذاته، أما النوع الثاني من العقود فمن حيث إنها لا تنشأ إلزاماً ولا ترابطاً بين إرادتين لم تكن في واقعها من العقود، والمقصود منها إباحة التصرف واستنابة الغير في حفظ العين المودعة كما هو الحال في الوديعة والقيام عنه ببعض الأعمال، وهذه الغايات يمكن التوصل إليها بأي نحو كان من أنحاء الأقوال والأفعال(١).

وقال الدكتور محمد يوسف: يشترط لانعقاد العقد اتصال القبول بالايجاب في مجلس العقد إذا كان الطرفان حاضرين معاً فيه وهذا الاتصال يكون بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن صاحبه، وبأن لا يصدر منه ما يعتبر إعراضاً عن العقد، من طرف الموجب أو القابل على حد سواء، وأضاف إلى ذلك: بأن من مصلحة الموجب كالبائع أو المؤجر مثلاً معرفة رأي الآخر حتى يعلم بإيجابه، ومن مصلحة هذا أن يبادر بالقبول إن أراد قبل أن يرجع صاحبه عن إيجابه، واستطرد يقول: وما دمنا قد اشترطنا اتحاد مجلس الإيجاب والقبول فإن صاحب الإيجاب لو ترك المجلس قبل قبول الآخر يبطل إيجابه، فلو قبل صاحبه بعد ذلك لا يعتبر هذا القبول متمماً للعقد، لأن الإيجاب ذهب ولم يبق له وجود بقيام صاحبه وتركه المجلس فلم يتلاق به القبول، وكذلك لا يتم العقد إن كان الذي ترك المجلس هو الطرف الآخر بعد صدور الإيجاب من الأول(١).

---

(١) انظر منية الطالب، والمكاسب للشيخ الأنصاري.

(٢) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الشريعة الإسلامية ص ٣٢٦.

والمتحصل من ذلك أن العقد موضوع الأثر الشرعي والقانـوني لا يبقى لـه صفة التـأثير المقصـود للمتعاقـدين فيما لـو تخلل الإيجاب والقبـول فصل طـويل من الأعمـال بنحو يصبح الإيجاب الصـادر من البائـع مثلاً بعـد هـذا الفاصل الطويل غير صالح للتأثير بنظر العرف، وفي حكمه ما لو أنشـأ الطرف الثاني القبول بعد فترة طويلة في مجلس آخر، ومـع اتحاد المجلس لـو تخلل بين الإيجاب والقبول كلام أو سكوت بنحـو لا يعد إعـراضاً من المـوجب عن إيجابه بنظر العرف، هذا النوع من الفصـل بين الايجاب والقبـول لا يمنع من تحقق العقد وتأثيـره فيما لـو لحقه القبـول من الطرف الآخـر وهما في مجلس الايجاب.

وتحديد الاتصال بين أجزاء العقد بذلك يتفق اتفاقاً كلياً مع الذي نقلناه عن الجعفـريين ويقره العـرف ولا يتعارض مـع أدلـة التشـريـع التي تعـرضت لأحكام العقود المعاملات.

وقال الدكتـور سليمان مـرقس: إذا جمع العـاقدان مجلس واحـد، فإن التعبير الذي يصدر من أحدهما يصل إلى علم الآخـر فوراً فينتـج أثره بمجـرد صدوره، فالإيجاب يصل في الحـال إلى علم الموجـه إليه، أي أنـه لا يكون ثمة فاصل زمني بين صدور التعبير وبين انتاج أثـره وصلاحيتـه لإقتران القبـول به، فيصبح الايجاب صالحاً لاقتران القبول به ولو لم يصدر القبول فور صدور الايجاب بشرط حصول القبول قبل انفضاض مجلس العقد، أي قبل انصراف الطرفين، أو افتراقهما، لأن انفضاض المجلس دون قبول يعد رفضاً للإيجاب مسقـطاً له، وأضـاف إلى ذلـك: وقـد نص التقنين على ذلـك حيث قـرر في المـادة ٩٤ منـه: إذا صـدر الايجـاب في مجلس العقـــد دون أن يعين ميعـاد القبـول فإن المـوجب يتحلل من إيجابـه إذا لم يصدر القبـول فوراً، وكـذلـك الحال إذا صدر الإيجـاب من شخص إلى آخر بـطريق التليفون أو بـأي طريق آخر، وجاء في المادة المذكورة: ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر الايجـاب فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفتـرة ما

بين الايجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد[1]، فالقانون لم يشترط أكثر من وحدة المجلس في هذه المسألة ولا يرى الفواصل مهما بلغت مانعة من صدق العقد إلا إذا دلت على أن الموجب قد عدل عن إيجابه.

ومع أن المذاهب الأربعة متفقة على أنه لا بد من وحدة المجلس نجد فريقاً منهم يشترط الفورية بالإضافة إلى ذلك.

قال السنهوري في مصادر الحق: وجاء في الجزء الخامس من البدائع: وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس، فإن اختلف لا ينعقد، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد البيع، وأضاف إلى ذلك: وعند الشافعي لا بد من الفورية في مجلس العقد ولا يتم العقد بدونها، وجاء في الفقه على المذاهب الأربعة: إن الفصل بين الايجاب والقبول بالكلام الأجنبي سواء كان قليلاً أو كثيراً يمنع من تأثير الايجاب عند الشافعية وكذلك السكوت الطويل وعند الأحناف أن الفاصل الذي لا يمنع من تأثير الإيجاب هو الفاصل اليسير، كما لو قال البائع للمشتري: بعتك هذا الثوب بعشرة دنانير مثلاً وبعد أن شرب الماء أو أنهى حديثه أنشأ القبول، أما لو أنشأ القبول بعد أن تناول الطعام أو نام وانتبه من نومه، فلا يؤثر قبوله في تكوين العقد[2].

ويبدو أن الشافعية والأحناف يلتقيان من حيث اعتبار الفورية بين الايجاب والقبول، ولكن الأحناف يدعون بأن الفواصل مهما كان نوعها توجب تعدد مجلس العقد، والشافعية يعتبرون الفورية من حيث إن الفواصل بين إيجاب البائع وقبول المشتري بأي عمل من الأعمال تكشف عن إعراض

---

(١) انظر العقد لسليمان مرقس ص ١٢٧.

(٢) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ص ١٢٧.

المشتري وانصرافه عن المعاوضة، مع اعترافهم بأن وحدة المجلس لا تتأثر بأي عمل من الأعمال ما لم يتفرق الطرفان بأبدانهم عن المحل الذي أنشأ فيه البائع صيغة الإيجاب. وعند المالكية أن الفصل بكلام أجنبي بين الايجاب والقبول لا يمنع من تأثير القبول من المشتري ما دام المتعاقدان في المجلس، وأكد ذلك أحد فقهائهم، وجاء في الجزء الرابع من الخطاب ص ٢٤٠:

والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقاً، وإن تراخي القبول عن الإيجاب حتى انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقاً، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الاعتراض عما كانا فيه حتى لا يكون جوابه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع، ولا يشترط أن لا يحصل بين الايجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً كما يقول الشافعية، ويتفق الحنابلة معهم في ذلك، فقد جاء في الشرح الكبير على المقنع لبعض فقهاء الحنابلة ص ٤ من الجزء الرابع فإن تراضى القبول عن الايجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا فيما يقطعه وإلا فلا لأن حالة المجلس كحالة العقد فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح العقد، لأنه إنما يتم بالقبول ولا يتم مع تباعده عن الايجاب، كالاستثناء بالنسبة إلى المستثنى والشرط بالنسبة إلى المشروط والخبر بالنسبة إلى المبتدأ[1].

وإذا تبايعا وهما ماشيان أو راكبان على دابتين أو محمل واحد، فإن اتصل القبول بالايجاب يتم العقد، وإن تأخر القبول عن الايجاب ولو قليلاً لا يتم العقد، لأن المجلس يتبدل بالمشي أو السير وإن قل، وفرق بعض الأحناف بين ما لو تبايعا ماشيين أو راكبين، وبين ما لو تبايعا في السفينة، ففي

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري الجزء ٢ ص ٥ و٦.

الأول يتبـدل المجلس ولو بخـطوة واحدة إذا تـأخر الايجـاب عن القبول، لأن المشي من فعلهمــا وكـذا بــالنسبـة إلى سيــر الـدابــة من حيث إنهـا تحت سيطرتهما، وفي الثاني يتم العقد بينهما ولو كان الفاصل طويـلاً بين الايجاب والقبول، لأن سير السفينة مسبب عن جريان الماء فهما في مجلس العقد ولـو طال بهما السير[1].

ومهما كان الحال فاتحاد مجلس العقد بمعنى عدم الفصل الـطويل بين الايجـاب والقبول المـوجب لعدم ارتبـاط كل من جـزئي العقد بـالآخر، هـذا النوع من الاتحاد متفق عليه بين جميع المذاهب الإسلاميـة وهو الـذي اختاره الجعفـريـون كمـا يبـدو من النصـوص الفقهيـة المنتشـرة في مجـاميـع الفقـه الشيعي، أما الاتحاد بمعنى صدور القبول من المشتـري فور صـدور الايجاب من البائع، وعدم الفصل بينهما ولو بالكلام اليسير كما يدعي الشافعية وبعض الأحنـاف، هذا النـوع من الاتحاد لا تؤيـده مصادر التشـريع ولا يقـره العرف العام، كما وأن اختلاف مجلس العقد بتتابع السير ولو خـطوة أو خطوتين قبـل صـدور القبول من المشتـري فيما لـو تعاقـدا وهما مـاشيان أو راكبـان، وعدم اختلافه فيما لو تعاقدا في سفينة ونحوهما وإن طال بهما السير، هذا التحديـد لمجلس العقـد كما يبـدو من النصوص الفقهيـة الموجـودة في كتب الأحنـاف ينـطوي على تصويـر مجلس العقد تصـويراً مـادياً لا تسـاعد عليـه النصـوص الشرعية ولا يقره العرف الذي لا يمكن تجاهله في هـذه المسألـة وأمثالهـا من المسائل التي لم يتخط فيها الشارع طريقة الناس في عقودهم ومعاملاتهم.

* * *

---

(١) نفس المصدر ص ٨.

التعليق في العقود

التعليق الواقع من المتعاقدين أو من أحدهما، إما أن يرجع إلى المعنى الموضوع له الايجاب والقبول، وإما أن يرجع للمعنى المقصود للمتعاقدين وهو التمليك والتملك، فإن رجع إلى الأول يكون لغواً، لأن المعنى الموضوع له اللفظ وجوده تابع لوجود اللفظ فلا يتصور فيه أن يكون مشروطاً بشيء آخر، كما هو الحال في جميع المعاني الايجادية التي توجد بوجود الألفاظ ولو لم تكن مقصودة للمتكلم، فلا بد وأن يكون المراد من التعليق الذي تعرض له الفقهاء بهذا العنوان هو التمليك المقصود للمتعاقدين من صيغة العقد، وقد نص جماعة من الفقهاء على أن صيغة العقد إنما تؤثر الأثر المقصود للمتعاقدين إذا أنشئا التمليك والتملك، والإنشاء المعلق على أمر متأخر مرجعه إلى عدم الجزم بالمعاوضة بين المالين كما هو ظاهر.

ومجمل القول إن الشرط إما أن يكون معلوم الحصول، وإما أن يكون مشكوكاً، وعلى التقديرين إما أن يكون متأخراً عن العقد أو مقارناً له، وعلى جميع التقادير إما أن يكون مما يتوقف عليه صحة العقد، أو أجنبياً عنه، فما كان من الشروط معلوم الحصول حين العقد، فلا يمنع اشتراطه من صحة العقد، كما لو قال البائع: إن كان هذا العقار ملكي فقد بعته منك، وقد نص جماعة من الفقهاء على جواز ذلك وعدم كونه مانعاً عن تأثير العقد، أما إذا

كان معلقاً على أمر متأخر معلوم الحصول أو مشكوك الحصول ولا تتوقف عليه صحة المعاملة، فلا يصح العقد في مثل ذلك، لأن البائع لم ينشأ تمليك ماله للمشتري على جميع التقادير، وكذلك فيما لو كان معلقاً على أمر متأخر تتوقف عليه صحة العقد، وإن كانت هذه الصورة أقل خطراً على العقد من الصورتين المتقدمتين، لأن المتعاقدين لم يشترطا إلا ما يقتضيه إطلاق العقد، فيكون الشرط مؤكداً لما يقتضيه نفس العقد(١).

ونص في منية الطالب على أن التعليق بجميع فروضه لا يمنع من صحة العقد لأن الأحكام الشرعية المترتبة على موضوعاتها من نوع القضايا الحقيقية والحكم في القضايا الحقيقية مشروط بوجود موضوعه، بالإضافة إلى أن التعليق واقع في بعض العقود والايقاعات، كالوصية والتدبير والنذر والعهد واليمين، وأضاف إلى ذلك: أن الاجماع الذي ادعاه جماعة على بطلان العقد المعلق لو صح أن الفقهاء مجمعون على ذلك، فإنما هو من حيث بنائهم على أن التعليق يتنافى مع الجزم الذي لابد منه في إنشاء المعاوضة، والإجماع بعد الإطلاع على مدركه يسقط اعتباره كدليل شرعي لإثبات الأحكام، نعم الذي يمكن الاعتماد عليه لإبطال العقود المعلقة، إن التعليق في العقود المتعارفة بين الناس غير متعارف بين المتعاقدين ولم تجر العادة على استعماله في العقود، وبهذه الملاحظة يصبح العقد المعلق غير مشمول لأدلة العقود والعناوين الأخرى لجواز أن يكون المراد منها العقد المتعارف الذي اعتاد الناس على استعماله(٢).

واستطرد يقول: ومن هذا البيان يظهر وجه الصحة فيما لو علق العقد على ما يتوقف صحته عليه سواء كان المعلق عليه معلوماً أو مشكوكاً لجريان

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري، شروط العقد.

(٢) لا يخفى أن تعليق المنشأ إذا لم يكن مخلاً في العقد ولم يتنافى مع إنشاء التمليك كما يفترض في منية الطالب فعدم كونه متعارفاً بين الناس لا يمنع من صدق العقد عليه إذا توفرت فيه أركان العقد وشروطه.

العرف والعادة على التعليق عليه، سيما إذا كان مشكوكاً فإن طريق التخلص منوط به، ونرى وقوعه كثيراً بين عامة الناس وبعد كونه متعارفاً يصدق العقد عليه فتشمله أدلة العقود والعناوين الأخرى[1].

وقد فصل الشافعية بين التعليق على مشيئة الموجب أو المشتري بشرط أن يكون هو المنشأ أولاً وبين التعليق على مشيئة الله أو على شرط لا يقتضيه العقد، فحكموا ببطلان العقد في الصورة الثانية وصحته في الأولى وجاء في النص الفقهي المنسوب إليهم: هو أنه لا يضر تقييد اللفظ بالمشيئة كقوله: اشتري مني إن شئت، ولكن بشروط أربعة.

الأول: أن يردا الشرط في كلام المنشىء للعقد أولاً سواء كان بائعاً أو مشترياً.

الثاني: أن يخاطب مفرداً، فإن خاطب بها جماعة فلا يصح العقد.

الثالث: أن يرد الشرط بصيغة الخطاب.

الرابع: أن يتأخر الشرط عن الصيغة المقترنة بالشرط سواء كانت إيجاباً أو قبولاً، أما إذا كان التعليق على مشيئة الله أو على أمر آخر يقتضيه العقد، كما لو قال: بعتك إن شاء فلان مثلاً، فلا يصح العقد.

وجزم الحنابلة بصحة العقد المعلق على مشيئة الله من غير فرق بين أن يكون التعليق من البائع أو المشتري[2].

وقال الدكتور سليان مرقس: وكذلك يسقط التعبير بوجه عام إذا كان من وقت صدوره معلقاً على شرط بتخلف هذا الشرط، ومثل لذلك بما إذا باع إنسان داره لشخص بثمن معين إذا انتقل من البلد الذي هو فيها، فإذا لم ينتقل من البلد يسقط التعبير إيجاباً كان أو قبولاً[3] ومن ذلك تبين أن التعليق

---

(١) انظر منية الطالب ص ١١٢ و١١٣.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة الجزء ٢ ص ١٥٨ و١٥٩.

(٣) نظرية العقد ص ١١٢.

على شـرط ونحوه لا يبـطل العقد سـواء كان من طـرف الموجب أو القـابـل، وإنما يبطل الايجـاب أو القبول المعلق إذا لم يحصـل الشرط مهمـا كان نـوع ذلك الشرط، كما هو مفروض المثال.

التطابق بين الإيجاب والقبول

لا بد في تكوين العقد باعتبار أن الإيجاب والقبول من أركانه الأساسية من موافقة كل منهما للآخر، لأن الإرادة الظاهرية التي تدل عليها صيغة العقد تعكس إرادة المتعاقدين، فلو اختلف الإيجاب عن القبول لا يمكن من تلك الصيغة أن نكتشف إرادتهما الموحدة، ولا يكون كل منهما ملزماً بما ألزم به نفسه للآخر ما دام الطرف الآخر لم يستجب لالزامه، وقد نص فقهاء الشيعة على وجوب التقيد بهذا الشرط في مقام التعاقد في أكثر المجاميع الفقهية.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو الثمن والمثمن، أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد، ومن أمثلة ذلك ما لو قال البائع بعت الدار لموكلك فقبل الطرف الآخر لنفسه أو لشخص آخر لم يكن مقصوداً للبائع ومن أمثلة ذلك ما لو قال البائع بعتك الدار بكذا درهماً فقبل البائع نصفه بنصف الثمن الذي عينه البائع إلى غير ذلك من أمثلة عدم التوافق بين الايجاب والقبول، وقد علل ذلك بأن العقد أمر واحد مركب من إيجاب البائع وقبول المشتري، فإذا لم يلتزم المشتري بما الزمه به البائع وألزم به نفسه، يكون في هذه الحالة قد التزم بأمر جديد لم يلتزم به البائع فلا

يحصـل التعاقـد بين الطرفين، لأن العقـد يتكـون من إيجـاب البـائـع وقبـول المشتـري فكل من الايجـاب والقبول متمم لـلآخر، فـإذا لم يتوافقـا لا يرتبط أحدهما بالآخر، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الاختلاف بينهمـا لا يرجـع إلى أركان العقد كالعوضين. أو المتعاقدين ولا إلى شروطه كما لو اعتقد البائع أن المال لزيد وهو في واقع الأمر لعمر فتوجه لزيد باعتبـاره المالـك للثمن وإنشاء البيع فقبل عمر باعتبـاره المالـك للدراهم التي هي العوض عن المبيـع، فهذا الاختلاف لا يوجب التباين في محل الايجاب والقبول، لأن المقصـود للبائـع هو المالـك الحقيقي للثمن وتعيينه لـزيد مثـلاً باعتباره هو المـالك بـاعتقاده، فاختلاف القبول عن الايجاب يرجع إلى الاختلاف في التطبيق لا غير[1].

وقد فصل بعض الفقهـاء بين ما لا يتحقق العقـد بدونـه، وبين غيره من الشروط والأوصاف، فـإن رجع الاختـلاف بين الايجاب والقبـول إلى الأجزاء التي يتكـون منهـا العقـد يبـطل في هـذه الحـال، وإن رجـع إلى الشـروط والأوصاف كما لـو أوجب البائـع بشرط يـرجع إلى الثمن مثـلاً أو وصف فيه، وقبل المشتري بدون الشرط أو الوصف فلا يبطل العقد من أساسه، لأن فوات الأوصاف والشروط لا يـوجب البطلان بنـاء على أن إيجاب البـائع ينحـل إلى أكثر من إيجاب واحد فيكون العقد صحيحاً فيمـا اتفق فيه إيجـاب البـائع مع قبول المشتري، ولكنه تردد فيه أخيراً[2].

ونص الشيخ محمد حسن في الجواهر: إن التطابق الذي لا بد منه بين الايجاب والقبول هو بالنسبـة إلى المبيع والثمن لا في كـل شيء، لأن الفقهاء قد اتفقوا على صحة الايجاب بلفظ بعت والقبول بلفظ اشتريت، والمـراد من المطابقة بينهما هي التي لو لم تحصـل لا يكون القبـول الصادر من المشتـري قبولاً لايجاب البائع، ولا إيجـاب البائـع موافقـاً لقبول المشتـري، ومن أمثلة ذلك كما جاء في الجواهـر: ما لـو قال أحـدهما بعتـك هذين العقـارين بألف

(١) انظر المكاسب ومنية الطالب ص ١١٤.
(٢) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ١١٢.

فقبل أحدهما بخمسمائة، ولو توجه بالايجاب إلى شخصين، فقال بعتكما هذين العقارين بألف درهم فقبل أحدهما بنصف الثمن، ولو قال بعتك بعشرة دراهم فقبل بأكثر من هذا المبلغ لا يصح العقد أيضاً لعدم موافقة القبول للإيجاب ولكنه تردد أخيراً في هذا الفرض من حيث إن المشتري قد قبل بايجاب البائع، والزيادة التي وقعت منه إذا لم يرض بها البائع تكون ملغاة، وهذا بخلاف الفروض السابقة فإن القبول الصادر من المشتري لا يعبر عن إرادته، ومعلوم أن العقد إنما يؤثر الأثر المقصود منه عندما تلتقي الإرادتان، إرادة البائع والمشتري على أمر واحد(١).

والظاهر أن هذه المسألة من المسائل المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الإسلامية كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل، والسنهوري في مصادر الحق، فلقد جاء فيه عن الجزء الخامس من البدائع: والذي يرجع إلى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقاً للايجاب، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق لقبول المشتري، فلو قال المالك لرجلين بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد البيع.

ونص في فتح القدير على أن المشتري ليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا في بعض الثمن لعدم رضا الطرف الآخر بتفريق الصفقة لأن غرضه قد يتعلق بالجملة بسبب حاجته إلى الكل وقد أورد مجموعة من النصوص الفقهية وكلها تؤكد هذا الشرط(٢).

والظاهر أن الفقه المدني أكثر تصلباً وتمسكاً بهذا الشرط من الفقه الإسلامي كما يبدو ذلك من النصوص التي وردت في الوسيط للسنهوري،

---

(١) الجواهر كتاب المتاجر شروط العقد.

(٢) انظر مصادر الحق الجزء ٢ ص ٤٦ و٤٧.

وفي نظرية العقد للدكتور مرقص وغيرهما، قال الدكتور مرقس: ويجب أن يطابق القبول في ذلك ما اتجهت إليه إرادة الموجب، وإذا انطوى الايجاب على أحكام معينة حددها وفصلها باعتبارها منظمة آثار التعاقد الذي يعرض الموجب أن يرتبط تعين أن يطابق القبول الايجاب في كل التفاصيل التي شملها، فإذا انعدم هذا التطابق التام امتنع تطابق الارادتين، ذلك الاقتران اللازم لنشوء العقد.

وأضاف إلى ذلك: وليس معنى ذلك أنه يجب في كل اتفاق تطابق الإرادتين في كل المسائل التي تدخل في العقد أو تتفرع عنه، بل تطابقهما في المسائل الرئيسية أو الأركان التي لا يتم العقد بدون الاتفاق عليها، وفي حال عدم اختلافهما في المسائل التفصيلية لوجود التطابق والتوافق بشأنها، أو من جهة إرجائها إلى ما بعد انعقاد العقد، وفي هذه الحالة الأخيرة يتم العقد، ولا يؤثر في انعقاده تعذر الاتفاق على المسائل المرجأة ما دامت نية العاقدين لم تتجه إلى جعل انعقاد العقد معلقاً على شرط حصول الاتفاق على تلك المسائل ولها أن يرجعا في المسائل المرجأة إلى القاضي ليفصل بينهما فيها كما نصت على ذلك المادة ٩٥ من القانون المدني[(١)].

وقال السنهوري في الوسيط: إذا اختار المشتري أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للايجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب في جميع المسائل التي تناولها الايجاب، وقد تضمنت المادة ١٣٧ أنه لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان اتفاقاً تاماً على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن العقد، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة، وأضاف إلى ذلك. أنه ليس من الضروري لابرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل مسألة مسألة، فقد نصت المادة ٩٥ من القانون المدني الجديد على أنه إذا

---

(١) انظر نظرية العقد ص ١٢٢، والمدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٤ و٣٢٥.

اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد تاماً، والذي يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد، وأخيراً انتهى إلى النتيجة التالية.

يجب أن يكون القبول مطابقاً للايجاب على النحو الذي قدمناه، أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاناً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً، وهو الذي تقضيه المادة ٩٦ من القانون الجديد[١].

ومجمل القول أن القوانين المدنية الحديثة والقديمة تعتبر موافقة القبول للايجاب في المسائل الجوهرية التي تحقق أغراض المتعاقدين كالثمن والمبيع وتوابعهما وغير ذلك من الأركان التي لا بد منها في العقود، أما المسائل الأخرى سواء اتفق عليها الطرفان قبل الايجاب أو تركا الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد، فعدم موافقة القبول للايجاب بالنسبة إليها لا يمنع من إتمام العقد وتأثيره، وهذا النص يتفق مع الرأي الذي تبناه بعض فقهاء الشيعة، ومنهم الشيخ في الجواهر، فلقد اختار في الجواهر، أن التطابق بين الإيجاب والقبول لا بد منه بالنسبة إلى المبيع والثمن لا مطلقاً وفي كل شيء مما لا يرجع إلى الأركان والشروط التي تحقق غرض المتعاقدين، كما وأن السيد الحكيم في نهج الفقاهة قد عرض هذه الفكرة في سياق حديثه عن هذه المسألة، ولم يجزم بها.

ومهما كان الحال فالمراد من موافقة القبول للايجاب هو المطابقة بينهما بنحو يكون القبول الصادر من المشتري قبولاً بالايجاب الصادر من البائع ومعبراً عن إرادتهما المتجهة إلى المبادلة والمعاوضة من الطرفين، ولا يتم ذلك إلا بعد موافقة القبول للايجاب من حيث الأركان وغيرها من الصفات

---

(١) انظر الوسيط ص ٢١٨ و٢١٩ و٢٢٠.

المحققـة لأغراض المتعـاقدين، أمـا التقيـد بـالألفـاظ الصـادرة من المـوجب وبعض الخصوصيات الأخرى التي لا يتوقـف عليهـا تكوين العقـد ولا تقتضيها طبيعة المعاوضة هذا النوع من الموافقة ليس من شروط العقد ولا تتوقف عليه صحة المعاوضة.

* * *

بقاء المتعاقدين على صفة الأهلية إلى أن يتم العقد

ومن جملة الشروط التي لا بد منها في تكوين العقد المؤثر شرعاً وقانوناً، هو بقاء كل من المتعاقدين صالحاً للايجاب والقبول إلى حين انتهاء العقد، ذلك أنه لو عرض الجنون والاغماء أو السفه ونحو ذلك من العوارض على أحد الطرفين قبل إتمام العقد لم يعد صالحاً للإنشاء المطلوب منه فلا يتم العقد موضوع الأثر الشرعي على الايجاب وحده ولا على القبول وحده، لأن الآثار المقصودة للمتعاقدين والتي أقرها الشرع والقانون عند حصول أسبابها إنما تترتب على العقد المؤلف من إيجاب أحدهما وقبول الآخر، فلو لم يكن الموجب صالحاً حين إنشاء المشتري بأن عرض عليه الجنون أو غيره من عوارض الأهلية قبل صدور القبول من المشتري يسقط إيجابه عن الاعتبار، وكذلك فيما لو عرض على المشتري ما يمنع من صحة تصرفاته فلا يتم العقد بينهما.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: ثم إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للخطاب، كالموت والجنون والإغماء والنوم فالوجه في اعتبار هذا الشرط عدم تحقق المعنى المقصود من المعاقدة والمعاهدة في مثل هذه الحالات الطارئة، وإن كان من جهة عدم الاعتداد برضاهما كالمحجر عليهم

لسفـه أو تفليس أو لمرض أو لعـروض الرقيـة على البـائـع أو المشتـري، من حيث إن التراضي من شروط صحة المعاوضة، والتراضي الحاصل منهمـا مع وجود أحد هذه العوارض مسلوب الأثر بنظر الشارع، فيكون المسوغ لبقاء كل من المتعاقدين على صفة الأهلية، هو عدم حصول العقد منهما والحالة هذه، لأن العقد المؤثر بنظر الشارع هو الكاشف عن رضا الطرفين بالمعاوضـة، وإذا طرأ على أحدهما ما يمنع من الاعتداد بـرضاه كمـا هو المفـروض فلا يكـون العقد الحاصـل بينهما مـوضوعـاً للآثـار الشرعيـة ولم يفرق الشيـخ الأنصاري وجماعة من الفقهاء بين عوارض الأهلية بجميع صورها واشترط بقاء كـل من المتعاقدين سليماً منها إلى أن يستكمل العقد جميع أركانه ومقومات وجوده.

وقال السيد كاظم في حاشية المكاسب: إن عدم صدق العقد بطرو هذه العوارض إنما يتصور في مثل النـوم والإغماء والجنـون، أما لـو طرأ السفـه أو الفلس أو الاسترقاق على أحدهما قبل تمام العقد، فالمعاملة تتم ولو مـع طرو هذه الحالات ولكن نفوذها يتوقف على إجازة الولي بالنسبة للسفيه، وصاحب الحق في المال بالنسبة إلى المفلس والمولى بالنسبة إلى العبد لأن المانع من نفوذ التصرفات بالمال في مثل هـذه الحالات إنمـا هو لأجـل المحافـظة على حق المـالك، لا لقصـور في المتعاقـدين عن قابليـة التعاقـد كمـا هـو الحـال بـالنسبة إلى الجنـون والنوم والإغمـاء، ولذا فـإن الشـارع قـد ألغى إنشـاءهم واعتبره بمنزلة العدم(١).

ويطرد اعتبار هذا الشرط في جميع العقود، لأن التعاقد مـع الغير لا بـد فيه من أن يكون كل من المتعاقـدين ملتفتاً وقـاصداً لمـا يلتزمـه للطرف الآخر والقصد إلى التعاقد لا يتحقق من العاقل الرشيد مع من هـو كالجـدار كما هـو الحال في النائم والمغمى عليـه والمجنون ونحـو ذلك، والـظاهر أنـه لم يشذ عن هذا المبدأ إلّا مسألة قبول الموصى له بعد مـوت الموصي، حيث إنـه من

(١) انظر حاشية السيد كاظم ونهج الفقاهة للسيد الحكيم.

المتفق عليه بين الفقهاء الجعفريين، أنه لا يشترط في صحة الوصية أن يقع قبول الموصى له في حياة الموصي ولو وقع في حياته فقد نص جماعة على أنه لا بد من تجديده بعد موت الموصي، ورجح أكثرهم على أن الموصى له إذا مات قبل القبول ينتقل الحق في قبول الوصية لوارثه اعتماداً على رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع) وقد جاء فيها: أن أمير المؤمنين علياً (ع): قضي في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب وقد توفي قبل الموصي، إن الوصية لوارث الذي أوصي له أن يرجع في وصيته قبل موته[1].

ومقتضى ذلك أن الإيجاب الصادر من الموصي لا يسقط بموته، أو بموت الموصى له قبل القبول، ولكن ثبوت ذلك في الوصية لا يصلح أن يكون تخصيصاً للقاعدة العامة الثابتة في العقود، التي هي عبارة عن بقاء المتقاعدين أهلاً للتعاقد لبينما يتم العقد، ذلك لأن حقيقة الوصية إلى الغير، هي الإيصاء إليه بتنفيذ شؤونه بعد موته، والوصية بهذا المعنى أشبه بالايقاعات منها بالعقود، كما وأن الوصية التمليكية عبارة عن تمليك المال إلى الغير بعد موت مالكه، ولا بد من القبول فيها من جهة أن إدخال شيء من المال في ملك شخص بدون رضاه يلزمه التسلط على الغير، ولم يجعل الله لأحد سبيلاً على غيره، فالوصية التمليكية بواقعها وسط بين العقد والإيقاع، فهي من حيث توقفها على رضا الموصى له وقبوله تشبه العقود، ومن حيث إنها عبارة عن تمليك الغير بعد الموت، ولا تتضمن معنى المعاقدة والمعاهدة على التمليك، فهي من هذه الناحية تشبه الايقاعات كالطلاق والعتق ونحوهما[2].

والظاهر اتفاق المذاهب الأربعة على هذا الشرط، لأنهم يعتبرون سلامة المتعاقدين من الجنون والإغماء والنوم شرطاً في صحة العقد، وسلامتهما من العوارض الأخرى شرط في لزومه.

---

(١) انظر بلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم كتاب الوصية ص ٣٦٣ و٣٦٥.

(٢) انظر حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الأصفهاني.

وقد نص الشافعية على أن من شروط صحة العقد استمرار أهلية المتعاقدين إلى أن يتم القبول، فلو قال البائع للمشتري بعتك العقار بكذا مثلاً ثم عرض عليه الجنون قبل أن يقبل المشتري يبطل العقد(1).

وقال الدكتور محمد يوسف: وقد يحدث أن لا يبقى الموجب أهلاً للتعاقد بعد إيجابه كما لو جن أو مات قبل قبول الطرف الآخر فهل يبقى إيجابه والحال هذه؟ في الفقه أن إيجابه يبطل حينئذ، فلو قبل الطرف الآخر لا يتم العقد، لأن قبوله لم يلاق إيجاباً قائماً، حيث إن ذلك الايجاب قد ذهب بخروج صاحبه عن أهلية إنشاء العقد، وأضاف إلى ذلك: أن في إبطال هذا الايجاب تضييعاً لحق الغير وهو الطرف الآخر، فلماذا لا يعتبر موجوداً حكماً حتى إذا قبل من وجه إليه يتم العقد؟

واستطرد يقول: ومما يجب أن نلاحظه هنا أن الجاري في مذهب مالك أن الموجب لو عدل عن إيجابه قبل تعبير الطرف الآخر عن ارادته لم يعتبر رجوعه، وكان لصاحبه القبول لو أراد لتعلق حقه بإيجاب الأول، ومن باب أولى على ما نرى أن يعتبر إيجاب من خرج عن الأهلية قائماً، فإنه قد نتأكد في حالة الرجوع أن الموجب لا يريد إنشاء العقد، على حين أن في حالة فقدان الأهلية لا نتأكد من ذلك، والراجح بحكم الاستصحاب أنه سيبقى مصراً على إيجابه لو بقي على أهليته(2).

ويلاحظ أن الدكتور محمد يوسف يعتمد على الاستحسان في ترجيحه لبقاء الايجاب بعد خروج الموجب عن أهلية التعاقد ويقدم مصلحة الطرف الآخر في هذه الحالة، وقد فاته أن إنشاء الإيجاب من طرف المالك بمجرده لا يؤثر النقل ولا التمليك ما لم ينضم اليه الجزء الآخر من الإنشاء، لأن التمليك المقصود من العقد لا يحصل إلا بعد تمامه من الطرفين، فإذا فقد أحدهما أهلية التصرف والمعاوضة يسقط إنشائه عن الاعتبار، ولم يعد صالحاً

(1) الفقه على المذاهب الأربعة جزء ٢ ص ٢٦٥.

(2) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٢٨.

للتأثير فيما لو انضم اليه الجزء الآخر، على أن التعاقد إنما يتم بالقبول كما ذكرنا، ولا يتحقق القصد من المشتري لإنشاء التمليك في حالة خروج الموجب عن أهلية التعاقد.

وقد أكد وحيد الدين سوار: أن جمهور فقهاء السنة يشترطون لصحة القبول بقاء الموجب والقابل حائزين على شرائط الأهلية إلى أن يتم العقد، ولم يشذ عنهم إلّا فقهاء المذهب الأباضي من الخوارج، فقد جاء عنهم: أن الإيجاب إذا صدر من البائع ومات أو عرض عليه الجنون قبل القبول من المشتري يستقل الإيجاب وتبقى له آثاره فيما إذا انضم إليه القبول من طرف المشتري، وقد أورد بعض النصوص الفقهية لمشاهير الفقهاء التي تؤكد بطلانه إذا فقد أحد المتعاقدين أهلية التصرف بأمواله قبل تمام العقد، وأضاف إلى ذلك: أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد تبنى الرأي الشائع بين الفقهاء، ونصت المادة١١ منه على بطلان الإيجاب إذا فقد الموجب أهليته قبل القبول، أو حصل منه ما يدل على إعراضه عن العقد[1].

وقال السنهوري: إن سقوط الايجاب بموت الموجب أو جنونه معمول عليه في القانون المدني العراقي، ولكن القانون المصري بقي متمسكاً بالايجاب الصادر من الموجب مهما طرأ عليه أو على القابل بعد ذلك، وقد جاء في المادة ٩٢ من القانون المدني المصري: أنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بمن وجه إليه[2].

وقال الدكتور مرقس: إن القانون المدني بعد أن أثار اعتراضاً شديداً رؤي قصره على حالة ما لو مات من أصدر التعبير أو فقد أهليته، دون ما لو مات الموجه إليه أو فقد أهليته، وأصبح النص النهائي للقانون المدني، أنه

(١) التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ١٠٩ و١١٠.
(٢) مصادر الحق ص ١٣.

إذا مـات من وجه التعبيـر أو فقد أهليتـه قبـل وصـول التعبيـر إلى علمـه سقط التعبير ولم ينتج أثره، وإذا مات الموجه إليه التعبير أو فقـد أهليته بعـد وصول التعبير إلى علمه، فإن كان التعبير قبولاً أنتج أثره وانعقـد به العقـد قبل مـوت الموجب، وإذا كان إيجاباً أنتج أثره وكان لورثة الموجه إليه إذا علم بالايجاب ومـات قبل القبـول أن يقبلوا التعاقـد، ونص السنهـوري في الـوسيط أن هـذا التفصيل كان نتيجة لاقتراح لم توافق عليه لجنة القـانون المـدني، لأن التعبير عن الإرادة متى صـدر صريحـاً ارتبطت بـه مصالـح لا يجوز اهـدارهـا بسبب حادث طارىء وهو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقـد أهليته من غيـر فرق بين طرو هذه العوارض على من صدر منـه التعبير وبين طـروها على من وجـه إليه[1].

* * *

---

(١) انظر نظرية العقد ص ١١٧ والوسيط ص ١٨٦ حاشية رقم ١.

الفصل الثاني

في المتعاقدين

الارادة وأثرها في العقود

هذا العنوان لم يرد في الفقه الجعفري ولا في فقه المذاهب الإسلامية الأخرى وقد اعتبر الجعفريون في فقههم قصد المتعاقدين لمدلول العقد من الشرائط التي لا بد منها في صحة المعاملة والمراد من قصد المتعاقدين أن المعنى الذي تدل عليه صيغة العقد المؤلف من إيجاب البائع وقبول المشتري هذا المعنى لا بد وأن يكون مراد الكل منهما ومقصوداً من قبل الطرفين، لذلك اخترنا هذا العنوان لهذه المسألة.

ومجمل القول فيها. أن إرادة المتعاقدين أي كون المعنى المدلول عليه بالصيغة مراداً ومقصوداً منها من الأمور الخفية القائمة بالنفس، فلا بد لها من مظهر وكاشف بأحد الوسائل المتعارفة لتأدية المعاني والقائها الى المخاطبين كالالفاظ والكتابة والإشارة وغير ذلك من وسائل البيان والإظهار، ومعلوم أن الإرادة الحقيقية من العناصر الأولية التي لا بد من إحرازها أولاً وقبل كل شيء لترتيب الآثار على العقود وغيرها من أنواع المعاملات والكلام، ولكن الإرادة القائمة في نفس المتعاقدين لما كانت من الأمور التي يعسر الإطلاع عليها بدون مظهر لها، فقد اعتبر الشرع والقانون طريقة العرف والعقلاء الجارية

بينهم على الاعتماد على الألفاظ وغيرها من الوسائل الكاشفة عن مراد المتكلم، وعلى هذا الأساس يجري التفاهم بين الناس وتنجلي المقاصد والأغراض وتنشأ العقود وتتم الإتفاقات، وتؤخذ الأحكام من مصادرها، وقد بحث الأصوليون هذه المسألة في كتب الأصول بحثاً وافياً يحيط بجميع جوانبها، ومن ذلك تبين أن إرادة المتعاقدين ما دامت قائمة بالنفس لا يترتب عليها شيء من الآثار، ولا تكون موضوعاً لحكم من أي نوع كان إلا بعد التعبير عنها بوسيلة من الوسائل المتعارفة بين الناس في التعبير عن الإرادة وتمهيداً لهذه الحقيقة لا بد من الإشارة إلى الأمور التالية.

الأول: أن المتكلم قد يصدر منه اللفظ من غير أن يكون قاصداً مختاراً في ذلك، كما لو صدر منه غفلة أو غلطاً وسهواً ونحو ذلك.

الثاني: أن يصدر منه عن قصد واختيار مع الجهل بالمعنى الموضوع له ذلك اللفظ، ولا يلزم من ذلك دلالة اللفظ على معناه في هذه الحالة، ذلك لأن دلالة اللفظ على معناه من خصائص نفس اللفظ، ولا تتوقف على إرادة المتكلم له أو فهمه لذلك المعنى، والذي يتوقف على فهم المعنى هو استعمال اللفظ في المعنى، لأن حقيقة الاستعمال هو إلقاء المعنى بالألفاظ من غير أن يكون منظوراً إليه لذاته.

الثالث: أن يكون اللفظ والمعنى مقصودين للمتكلم، ويصدر اللفظ منه بقصد الحكاية عن تحقق المعنى في الخارج أو الذهن، أو بقصد إيجاد المعنى المقصود من الألفاظ بنحو يكون الاستعمال بهذا القصد، فإذا صدر الكلام بدون قصد إليه كما في كلام النائم والمجنون والصبي الصغير، ففي هذه الحالة يكون بحكم المهملات التي لا تصلح لأن تستعمل في شيء، على أن كلام النائم والمجنون والصغير ليس محلاً للآثار الشرعية، فكما لا يصح العقد من هؤلاء لا يصح منهم الطلاق والعتق والإبراء والإقرار وغير ذلك، قال في الجواهر: لا يصح طلاق المجنون والسكران ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو شرب مرقد، لعدم القصد الذي لا بد منه في ترتيب الآثار،

بالإضافة إلى النصوص الكثيرة التي تصرح بأنه لا طلاق لهم[1].

وقد فصل فقهاء السنة بالنسبة إلى السكران بين أن يسكر لعذر شرعي وبين أن يسكر تشهياً، فإن كان تشهياً وبلا مسوغ شرعي، فتصح منه جميع التصرفات كالطلاق والبيع والاجارة واليمين والنكاح وغير ذلك تأديباً له وعقوبة على جريمته، ولم يخالف بذلك سوى البعض من فقهاء المالكية والحنابلة وعليه العمل في المحاكم المصرية، وإن كان السكر لسبب مسوغ لشرب المسكر فلا تصح تصرفاته في هذه الحالة[2].

وإذا صدرت الألفاظ من المتكلم عن قصد واختيار من غير أن يكون عارفاً بمعانيها بأن لقنها شخص لآخر وأنشأها الثاني جاهلاً بمعانيها، كما لو قال بعت أو أجرت ووقفت وهو لا يعرف مداليل هذه الألفاظ، فلا تكون في هذه الحالة موضوعاً للآثار التي رتبها الشارع على العقود والايقاعات، ولا بد في الألفاظ الكاشفة عن المقاصد والأغراض أن تكون مقصودة وأن يكون المتكلم عارفاً بمعانيها، وأن يقصد مداليل تلك الألفاظ على سبيل الحكاية أو الايجاد، بحيث يكون الدافع له على استعمال اللفظ في المعنى الحكاية عن وجود مدلوله في موطنه من ذهن أو خارج، أو بقصد ايجاد المعنى المقصود من بعت وقبلت مثلاً، وهو النقل والانتقال، باعتبار أن هذا اللفظ ونحوه قد أصبح آلة وطريقاً لإنشاء المبادلة بين الأموال، فلو لم يقصد المنشأ ذلك بأن كان هازلاً أو لاغياً لا يترتب الأثر الشرعي على الألفاظ ولو كان المتكلم عارفاً بمعانيها وقاصداً للتلفظ بها.

قال الشيخ مرتضى في المكاسب: ومن جملة الشروط قصدهما لمدلول العقد الذي تلفظا به، واشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقود بل في تحقق مفهوم العقد مما لا خلاف ولا إشكال فيه، فلا يقع من دون قصد إلى

---

(١) انظر الجواهر كتاب الطلاق.

(٢) انظر أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ص ٧٦.

اللفظ كما في الغالط، أو إلى المعنى، بل لا بد بالإضافة إليهما من كون ذلك المعنى مقصوداً أو مراداً للعاقد، ومجرد ايجاد المعنى باللفظ لا يكفي في صدق العقد.

وقد فصل بعض فقهاء السنة فيما لو تخلفت الإرادة المبرزة باللفظ عن الإرادة الباطنية بين طلاق الهازل وبقية عقوده فحكموا بصحة الطلاق الصادر منه هزلاً وبدون قصد، وفساد جميع عقوده وألحق بعضهم النكاح بالطلاق.

قال في أعلام الموفقين: فأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور، وكذلك نكاحه كما جاء به النص[1] وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين، وحكاه أبو حفص أيضاً عن أحمد وهو قول أصحابه وطائفة من أصحاب الشافعي على أن طلاق الهازل يصح دون نكاحه، ومذهب مالك الذي عليه العمل بين أصحابه. أن هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع، وقال أبو الخطاب في انتصاره: يصح بيعه وطلاقه، ومن قال بصحته فقد قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة، وقد علل ذلك في أعلام الموقعين بأن الهازل قد أتى بالكلام غير ملزم بحكمه، وترتيب الأحكام على الأسباب يعود للشارع لا للعاقد، فإذا أتى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى[2].

وجاء في الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام: أن بعض المالكية لا يرتبون أثراً على عقود الهازل وجميع إيقاعاته سواء تعلق بها حق الله أو حق عباده[3].

وقال الأستاذ محمد يوسف: إذا لم تتفق الإرادة الظاهرية مع الإرادة

---

(١) المراد من النص الذي أشار إليه ما جاء عن أبي الدرداء: ثلاثة لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح، وجاء عن ابن مسعود كما في رواية أبي حفص: النكاح جده ولعبه سواء.

(٢) انظر أعلام الموقعين مجلد ٣ ص ١٣٦.

(٣) التعبير عن الإرادة ص ٣٩٥.

الحقيقية للمتعاقدين كما لو اتفقا في عقد النكاح على مهر سر أو عقدا على أكثر منه جهرة، لا يجب أكثر من المهر السري المتفق عليه، ولا يبطل عقد النكاح في المقام لأن الهزل بالمهر دون العقد، على أنه لو كان في العقد نفسه لما أبطله لأن فيه حق الله، فلا يؤثر فيه الهزل عند الجميع، وأضاف إلى ذلك: أن الأحناف والحنابلة وبعض المالكية لا يرون الهزل في الطلاق والزواج والرجعة والعتاق واليمين مبطلاً، وأن الهزل والجد فيها سواء[1].

وقال الأستاذ وحيد الدين سوار: إن الفقهاء المسلمين وقفوا من العقود الصورية مواقف ثلاثة فمنهم من ذهب إلى صحتها معتداً بإرادة المتعاقدين الظاهرية، ومنهم من ذهب إلى بطلانها معولاً على إرادتها الباطنية، ومنهم من توسط الأمرين فذهب الى فسادها.

والذين ذهبوا إلى تصحيح العقد الصوري كل من الشافعي في قوله الأصح، وأبو حنيفة كما نص على ذلك ابن قدامة في المجلد الرابع ص ٢١٤ من المغني[2]، وأبو الخطاب من الحنابلة، والدرديري من المالكية، وقد سلك كل واحد من هؤلاء مسلكاً في البحث الموصل لهذه النتيجة، فمنهم من صححها تحيزاً للإرادة الظاهرة التي تنعكس بالألفاظ، ومنهم من استند في تصحيحه للعقد الصوري على قياس الاتفاق السابق على العقد على الشرط الفاسد المتقدم على العقد، فكما بلغوا الشرط إذا وقع العقد خالياً عنه، فكذلك الاتفاق السابق المعبر عن الإرادة الباطنية للمتعاقدين يقع لغواً ويصح العقد وإن لم يكن معبراً عن إرادتهما، والمراد من العقد الصوري الوارد في فقه المذاهب الأربعة، هو أن يتفق المتعاقدان على أن العقد الذي سيقع منهما لغو لا يعبر عن إرادتهما، ويقع بينهما العقد

---

(١) المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٣٤٨ عن المغني لابن قدامة.

(٢) ولكن الدكتور محمد يوسف موسى لم يقر ابن قدامة على هذه النسبة، وأورد نصوصاً للمذهب الحنفي مفادها أن الأحناف يقولون ببطلان العقد الصوري انظر في ذلك التعبير عن الإرادة ص ٢٩٨.

صورة، وهذا النوع من العقود هو المعروف بعقود التلجئة باعتبار أن الطرفان يلجئان إلى التفاهم السابق منهما على صورية العقد[1].

وجاء في النص الفقهي للشيرازي أحد فقهاء الشافعية: وصورة بيع التلجئة أن يتفق المتعاقدان على أن يظهرا العقد لسبب من الأسباب ولا يترتب عليه أي أثر من الآثار، فإذا عقداه انعقد عندنا ويبطل الاتفاق السابق، وكذا لو اتفقا على أن البيع بألف وعقداه بألفين، وجاء في البدائع والمغني لابن قدامة عن أبي حنيفة أن هذا النوع من البيوعات صحيح كغيره من العقود المقصودة للمتعاقدين، لأن ما شرطاه في السر لم ينصا عليه في العلانية، والآثار الشرعية أمرها بيد الشارع فله أن يلزم بها المتعاقدين ولو لم تكن مقصودة لهما[2].

وقد أوردنا بعض النصوص الفقهية للمالكية والحنابلة التي تصرح بصحة طلاق الهازل ونكاحه وبعض عقوده.

وجاء في التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار: أن كلًّا من مالك وأحمد بن حنبل والشافعي في أحد قوليه لا يعتدون بالإرادة الظاهرة في العقود الصورية ويرونها باطلة، وقد نقلنا بعض النصوص الفقهية كما أوردها ابن القيم وغيره وهي تصرح بصحتها في النكاح والطلاق دون البيع، كما نقلنا عن الأحناف بالنسبة إلى البيع ما يشير إلى صحته كبيع التلجئة ونحوه، ومهما كان الحال فالذي يصح نسبته إلى الأحناف بمجموعهم أنهم سلكوا طريقاً وسطاً بين القائلين بالبطلان والقائلين بالصحة، وذلك أنهم يدعون أن العقد يتصف بالبطلان والفساد والصحة، فيكون صحيحاً إذا كان صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه كما إذا تكون من إيجاب وقبول بشروطهما من حيث تطابقهما وصدورهما في مجلس واحد على محل ممكن الوجود ومعين يقبل المعاوضة بنظر الشارع، بشرط أن يكون المتعاقدان صالحين للتصرف غير

---

(١) انظر التعبير عن الإرادة ص ٣٩٦ وما بعدها.

(٢) المصدر السابق ص ٣٩٨ وما بعدها.

مكرهين ولا هازلين إلى غير ذلك من الشروط الراجعة إلى العاقدين والعوضين، ويكون باطلاً إذا اختل ركن من أركان العقد كما لو صدر ممن ليس له أهلية التصرف كالصبي الصغير والمجنون، أو كان محله مقترناً بالجهالة أو الغرر، أو كان مما ألقى الشارع ماليته بنحو لم يعد صالحاً للمعاوضة، ويكون فاسداً إذا وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه، كما لو باع شخص داره أو كتابه إلى غيره بثمن مؤجل إلى وقت مسيرته، فقد أنشأ البائع عقداً توافرت فيه أركانه من الايجاب والقبول الصادرين من أهلهما على المحل المعين الصالح للمعاوضة، ولكن حيث اقترن البيع بوصف منهي عنه وهو التأجيل إلى أمد مجهول، وكان ذلك مؤدياً إلى النزاع والتخاصم لم يكن العقد صحيحاً بتمام مراتب الصحة ولا باطلاً من الأساس، لأن النهي لم يتجه إلى العقد من أساسه بل اتجه إلى صفة مقترنة بالعقد ليست دخيلة في أركانه وأجزائه، فالعقد الفاسد ليس باطلاً من الأساس ولا محققاً لتمام رغبة المتعاقدين.

ومجمل القول إن للعقد عندهم لحاظين، فمرة يلاحظ من حيث أصله وأخرى من حيث وصفه، فأصله هو ما يتكون منه كالإيجاب والقبول بشروطهما وكونهما صادرين ممن له أهلية التصرف، بدون جبر أو إكراه، ولحاظه من حيث وصفه، بأن لا يكون ثمة ضرر في تسليم العوضين خالياً من الغرر والربا والشروط الفاسدة ونحو ذلك، فإذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شرائطه انهار العقد من أساسه، وإذا اختل وصف من أوصافه، كما لو كان ضررياً أو غررياً أو اقترن ببعض الشروط الفاسدة يكون العقد فاسداً، والفرق بين الباطل والفاسد، أن العقد الباطل فاسد من أساسه، لا يصلح أن يكون موضوعاً لأي أثر من الآثار الصحيحة، والفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه وتلحقه الإجازة والرضا وتترتب عليه بعض الآثار المقصودة للمتعاقدين.

ومن خصائصه أنه قبل القبض لا أثر له من جميع وجوهه، ولكل من

المتعاقدين أن يتمسك بفسخه، ولا تثبت فيه الشفعة ولا ينتقل به الملك، وله وجود شرعي بالإضافة إلى وجوده المادي، ولولا وجوده لما كانت الحاجة داعية لفسخه، ولكن وجوده ضعيف ولا سيما قبل قبض المبيع، فإذا تمّ القبض بإذن البائع يقوى وجوده لأن العاقدين قد أكدّا نيتهما على تنفيذه بالرغم من فساده، على أن هذا التنفيذ لا يعتبر إجازة للعقد، ويبقى لكل منهما حق الفسخ، إلا إذا كان فساده لوجود شرط فاسد فيه وزال المفسد بتراضيهما، وأضاف وحيد الدين سوار إلى ذلك: أن العقد الفاسد من أسباب الملك في الجملة ولكنه ملك من نوع خاص ليس كالملك الذي يترتب على العقد الصحيح، ملك يجوز لكل منهما التراجع فيه بفسخ العقد، مضمون بالقيمة لا بالثمن، يفيد إباحة التصرف بالعوضين، وتبدو ثمرة هذه الملكية بوجه خاص عندما يتصرف المشتري بالمبيع إلى شخص آخر حيث ينفذ تصرف المشتري في حق البائع، ويبدو أيضاً في حالة تغير المبيع في يد المشتري بالشراء الفاسد، إذ يترتب على هذا التغير حماية المشتري نفسه وثبات ملكيته واستقرارها بعد أن كانت مزعزعة مهددة بالفسخ[1].

ومهما كان الحال فالذي يدعيه الأحناف أن العقود الصورية بجميع أشكالها من العقود الفاسدة لأن العقد تام بجميع أركانه وشروطه، ولم يفقد إلا الإرادة الباطنة، وهي رغبة المتعاقدين وقصدهما إلى المعاوضة بين ماليهما، فإن رضيا بعد ذلك بالعقد انقلب صحيحاً، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضاء والرغبة لوجود الهزل وقد زال بالإعراض عنه، والرغبة في أحكام العقد[2].

ومن الموارد التي تتخلف فيها الصيغة عن الإرادة الخطأ الواقع من

---

(١) انظر مصادر الحق جزء ٤ ص ١٨٧ وأحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ١٢٨ و١٢٩ و١٣٠ و١٣٢.

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة صفحة ١٩٢ وأحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف صفحة ٢٢٥ و٢٢٦.

العاقد في مقام التعبير عن إرادته، وقد عرفه صدر الشريعة في متن التنقيح. بأن يفعل فعلاً أو يتكلم بكلام من غير أن يكون قاصداً له، وعرفه السنهوري في مصادر الحق. بأنه مغايرة التعبير الذي صدر منه للتعبير الموافق لإرادته، وعرفه آخرون بما هو قريب من ذلك، والمعنى المتحصل من تعاريفهم، بأنه عبارة عن تخلف الصيغة عن المعنى المراد إنشائه بالعقد غلطاً منه، وقد مثلوا له بما لو قال إنسان لزوجته اسقني الماء فغلط وقال لها أنت طالق: وبما لو قال الأب للخاطب زوجتك ابنتي رنا، وهو يقصد ندا، وفي المثالين لا يمنع هذا الغلط من وقوع الطلاق في المثال الأول وصحة النكاح في الثاني عند الأحناف، وجاء في البدائع: أن العمد ليس بشرط، أعني يجوز نكاح الخاطىء وهو الذي يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصد، لأن الثابت بالخطأ ليس إلا القصد وهو ليس بشرط لصحة النكاح، بدليل صحة نكاح الهازل.

ومن أمثلة الغلط ما لو توجه الغلط على محل العقد، كما لو كان لشخص بنتان وأراد تزويج الكبرى منهما فأوقع العقد على الصغرى صح العقد بالنسبة لها، وكما لو قال إنسان لآخر: زوج بنتك لابني، فقال زوجتك قاصداً ابنه، فإذا قبل الأب يصح النكاح له دون الابن، ولو طلقها الأب لا تصح لولده لأن معقودة الأب تحرم مؤبداً على أولاده، ومن أمثلة ذلك: ما لو قال زوجتك ابني لإبنتك فقبل الأب يصح له دون الابن كما جاء في الدر المختار، لإسناد الضمير إليه[1]، ويبدو أن الأحناف يعتدون بيمين الخاطىء والهازل كما نص على ذلك في البدائع، وبالنسبة إلى العتق، فقد روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح منه إذا وقع غلطاً، وروى عنه أبو يوسف أنه يصح كالطلاق.

---

(١) الدر المختار ج ٢ صفحة ٢٨٢ و٢٨٣ كما جاء في التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار صفحة ٤٢٧.

(٢) المصدر السابق صفحة ٤٣٠ و٤٢٩.

أما الغلط في العقود كالبيع ونحوه، فلو ادعاه أحدهما وصدقه الطرف الآخر، فقد اختلفت آراء الأحناف في ذلك، فرجح بعضهم قياسه على عقد المكره بمعنى أنه ينعقد ولا ينفذ، كما نص على ذلك البزدوي ومنلا خسرو، فيكون العقد فاسداً لفوات الرضا ووجود الاختيار فيه، كالمكره لأن التلفظ به ليس من لوازم الطبيعة، بل هو نتيجة حركة اختيارية، كما نص على ذلك في كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٨١، وفي مرآة الأصول ص ٣٥٨[١].

وذهب آخرون من الأحناف إلى قياسه على عقد الهازل بمعنى أنه يكون فاسداً مثله وأسوأ حالاً منه لأن المخطىء ليس بقاصد للفظ ولا لحكمه، ومع ذلك فهو ملحق به في الحكم فلا ينتقل المبيع إليه بالقبض كالهازل ومثلوا لذلك بما لو أراد أن يقول: سبحان الله فجرى على لسانه بعت هذا منك بألف وقبل الطرف الآخر[٢].

وهناك رأي ثالث اختاره جماعة ومنهم الأستاذ علي الخفيف، وهو بطلان عقد الخاطىء لأن الخاطىء لا إرادة له، وهو مغلوب على أمره في انحرافه عن التعبير المقصود إلى غيره[٣].

وذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم الظاهري إلى عدم الإعتداد بعبارة الخاطىء عملاً بالإرادة الباطنة المقدمة على الإرادة الظاهرة المستفادة من ظاهر اللفظ، كما تنص على ذلك كتب الأحناف[٤].

وأكد ابن القيم الفقيه الحنبلي وجوب الأخذ بالإرادة الباطنة وعدم جواز

---

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر صفحة ٤٣٥ من التعبير عن الإرادة.

(٣) انظر أحكام المعاملات الشرعية صفحة ٢٢١.

(٤) انظر التعبير عن الإرادة، حيث نقل ذلك عن التقدير والتجبير، وكشف الأسرار والبدائع، ولكن النصوص التي أوردها وحيد الدين سوار عن الشوافع صريحة في وجوب العمل بالإرادة الظاهرة في التصرفات في صورة الخطأ في التعبير انظر صفحة ٤٣٨ من الكتاب المذكور.

التعويل على الصيغة الصادرة خطأ، وقال في أعلام الموقعين: إن فعل الناسي والمخطىء بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف، وقد رتب الله الأحكام على الألفاظ من حيث دلالتها على قصد المتكلم وإرادته، فإذا تيقنا أنه قصد الكلام ولم يقصد المعاني، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده، وعندما نعلم أن المعنى لم يكن مقصوداً له لم يجز أن نجعل اللفظ دليلاً على ما تيقنا خلافه[1].

وجاء في المحلى لابن حزم الظاهري: ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت بينة قضي عليه بالطلاق، وإن لم تقم عليه بينة لم يلزمه الطلاق، برهان ذلك قول الله عز وجل: ليس عليكم جناح فيما أخطأتم ولكن ما تعمدت قلوبكم، وقول الرسول (ص) إنما الأعمال بالنيات، ولكل امرىء ما نوى.

وقد فصل الدكتور محمد يوسف بين ما لو كان مرجع الغلط إلى اختلاف جنس المبيع مثلاً وبين ما لو كان مرجعه إلى اختلاف وصفه، وجزم ببطلان العقد في الأول وصحته في الثاني مع ثبوت الخيار للمشتري في الفسخ، ومثل لذلك بما لو اشترى رجل داراً على أنها مبنية بالأسمنت المسلح فتبين أنها مبنية بالحجارة والخشب، وعد ذلك من نوع الغلط في الجنس وحكم ببطلان العقد من أساسه لفوات المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري، ومثل للثاني بما لو باع إنسان حيواناً على أنه ذكر فبان أنثى، فالعقد في مثل ذلك صحيح وللمشتري الخيار في فسخ العقد، لأنه لم يقدم عليه إلا لأنه ذكر وقد فاته هذا الوصف، هذا بالنسبة إلى العقودالتي يدخلها الخيار كالبيع وغيره، أما العقود التي لا تقبل الفسخ كالنكاح مثلاً، فإنه يقع لازماً إلا عند أحمد بن حنبل فقد جوز الفسخ للطرف الثاني، ومن أمثلة ذلك ما لو تزوجت فتاة شاباً على أن أتم تعليمه العالي وليس به ما يخل بالخلق

---

(١) انظر أعلام الموقعين ج ٤ صفحة ٧٢.

والكرامة، فبان لها بعد العقد خلاف ذلك، أو تزوج الشاب فتاة على أنها بكر فبانت ثيباً[1].

ويسمي الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق: الغلط في الجنس والغلط مع التفاوت الفاحش ولو كان الجنس واحداً هذان النوعان من الغلط يسميهما بالغلط المانع، ويقصد من هذه التسمية أن هذين النوعين من الغلط يمنعان من صحة العقد، ويمثل لذلك بمن باع ياقوتاً أو ماساً فتبين للمشتري بعد ذلك أنه زجاج، فيبطل العقد في مثل ذلك لانعدام المحل الذي اتجهت إليه إرادة المشتري، أما إذا اتحد الجنس واختلف الوصف، وكان التفاوت بين فاقد الصوف وواجده يسيراً، فإن البيع يتم بينهما ويقع صحيحاً، وللمشتري الخيار بين الإلتزام بالعقد وبين فسخه، ومن أمثلة ذلك ما لو باع ياقوتاً أحمر فبان أنه أصفر، أو عبداً كاتباً فتبين أنه فاقد لهذه الصفة، فمحل العقد موجود لم يتخلف منه إلا الصفة المرغوبة للمشتري، فإذا ثبت له الحق في فسخ العقد والتحلل منه يتمكن من تدارك الغبن اللاحق به بسبب فسخ العقد واسترجاع ماله، وأضاف إلى ذلك أن المعيار في كون الغلط مؤثراً في صحة العقد، هو ما لو كان جوهرياً يبلغ بنظر المتعاقدين حداً أنهما يمتنعان عن إبرام العقد لو كانا على بينة من الأمر قبلها، وقد نصت المادة ١٢٠ من القانون المدني الحديث على أن للمتعاقد إبطال العقد إذا كان الغلط جوهرياً[2].

ومجمل القول: إن الفقه الجعفري لا يقدس الألفاظ كما يتهمه بعض المؤلفين في العقود، ولا ينظر إليها لذاتها، ويعتمد على إرادة المتعاقدين ويبالغ في احترامها، ولكنها لما كانت من الأمور الخفية التي لا بد لها من مظهر، وكانت الألفاظ هي السبيل الأفضل الحاكي عما في النفس، لذلك

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٤٠٣ و٤٠٤.

(٢) انظر مصادر الحق ص ٢ ص ١١٢ إلى ١١٧ وص ١٠٦ ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٤٨.

رتب عليها الشارع الآثار واعتبرها في مختلف المواضيع بصفتها معبرة عن إرادة المتكلم وكاشفة عن أغراضه ومقاصده، إلا إذا تبين أن المتكلم لم يأت بها لهذه الغاية، كما لو صدرت منه خطأ أو على سبيل اللغو والهزل، ففي مثل هذه الحالات تسقط قيمة الألفاظ ولا يكون لها أي أثر عند الشارع من غير فرق بين العقود بجميع أنواعها والإيقاعات على اختلافها، وعلى هذا الأساس، كان عقد السكران والهازل والمخطىء والنائم والمجنون ونحو ذلك ممن يتكلم بالألفاظ من غير قصد لها ولا لمعانيها ليست موضوعاً للآثار الشرعية دنيوية كانت أو أخروية، ولا يمكن أن يطرأ عليها بعد ذلك ما يجعلها في مصاف العقود الصحيحة ما دامت حين صدورها فاقدة للعنصر الأساسي الذي لا بد من توفره حين إنشاء العقد للتعبير عما في النفس.

أما أقسام الخطأ التي ذكرها السنهوري وغيره والتي عدد فيها الغلط في القيمة أو الباعث، هذه الأصناف من الغلط لا توجب بطلان العقد عند الفقهاء الجعفريين لوجود القصد في هذه العقود إلى الألفاظ ومعانيها ووقوعها بقصد المبادلة بين المالين، والغلط الحاصل منهما قد نشأ عن جهل البائع أو المشتري في هذه الموارد، هذا النوع من الغلط الناشىء عن الجهل يجعل العقد قابلاً للإبطال، بمعنى أن المشتري الغالط أو البائع لو فرض كون الغلط من جانب، يحق لهما أن يفسخا العقد ليتداركا ما يلحقهما من الحيف والضرر المترتبين على هذه المعاوضة، ويلتقون بذلك مع الفقه المدني، فإن المادة التي أشرنا إليها تنص على أن العاقد الذي وقع في الغلط له أن يبطل العقد ويتحلل منه، أما إذا كان الغلط في التعبير، كما لو قال الأب للخاطب زوجتك ابنتي زينب، وهو يريد غيرها، وقبل منه الزوج مع العلم بأن المراد ابنته الثانية هذا النوع من الغلط وأمثاله مفسد للعقد لعدم كون المعنى مقصوداً للمتعاقدين، والقصد من الشروط التي لا يمكن تجريد العقود منها، والكلام بعينه يجري بالنسبة إلى الايقاعات، فلو أراد الزوج أن يقول لزوجته اسقني الماء فغلط وقال لها أنت طالق، لا يقع الطلاق، ولا تترتب أحكامه،

وقد ذكرنا أن الأحناف قد رجحوا وقوع النكاح والـطلاق في المثالين وتحيـزوا إلى الألفـاظ متجاهلين إرادة المتعـاقدين ومقـاصـدهمـا، ومتمسكين بـالإرادة الظاهرية التي لا تنفك عن إنشاء اللفظ سواء طـابقت الإرادة الباطنيـة القائمـة في نفس المتكلم، أو تخلفت عنها.

* * *

نظرية السبب في العقود

لقد اهتم المؤلفون في الفقه المدني بهذه النظرية اهتماماً بالغاً وبحثوها بحثاً مسهباً في جميع مؤلفاتهم حول العقود وعرضوا المراحل التي مرت إلى أن انتهت للمرحلة الأخيرة التي أقرتها القوانين المدنية الحديثة.

ومجمل القول في ذلك، أن السبب بمعناه عند الفلاسفة والمتكلمين، هو ما كان علة لوجود شيء آخر، وكون الشيء علة لغيره، مرة يكون بوجوده التكويني سبباً موجداً له كالنار بالنسبة إلى الإحراق ومرة يكون بالجعل الشرعي أو العرفي كما هو الحال بالنسبة إلى العقود والإيقاعات على اختلاف أنواعها، فإن اعتبار العقد مملكاً لكل من البائع والمشتري للمبيع وثمنه، إنما هو بالإعتبار العرفي الذي أقره الشرع والقانون، وهكذا الحال بالنسبة إلى العقود التي تتم بإرادة واحدة، والإيقاعات التي اعتبرها ورتب عليها آثارها وأحكامها، كالطلاق الموجب لحل عقد الزواج، والعتق الموجب للحرية ونحو ذلك، وبهذا المعنى ورد استعمال السبب في مجاميع الفقه الشيعي، كما سنعرض ذلك بعد حديثنا عن المراحل التي مرت بها هذه النظرية.

قال الدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد، والسنهوري في الوسيط: إن لفظ السبب يمكن أن يراد منه أصل الشيء ومصدره وبهذا المعنى يصدق على العقد لأنه سبب من أسباب كسب الملكية، وليس هذا المعنى هو

المقصود بالسبب في المقام، والمعنى المراد منه عندما يتحدثون عنه كركن من أركان العقد أو من أركان الإلتزام، هو عبارة عن الغرض الذي من أجله وقع العقد أو الإلتزام، ويعبرون عنه بالباعث الدافع إلى التعاقد، وهذا المعنى للسبب هو آخر ما وصل إليه الفقه المدني بعد المراحل الطويلة التي مر بها والتطورات التي عرضت عليه من الفقهاء الغربيين وغيرهم(١).

ومجمل المراحل التي مرت بها نظرية السبب، هو أن القوانين الرومانية في أوائل عهدها لم تكن تتعرف على هذه النظرية، لأن العقود كانت شكلية ولم يكن لإرادة أي كان دخل في تكوينها، ثم ظهرت عندهم في عقود البيع والإيجار والشركة والوكالة، ففي عقد البيع اعتبر التزام البائع سبباً لإلتزام المشتري، فإذا هلك المبيع قبل التزام البائع لا يبقى محل لإلتزام المشتري في هذه الحالة لإنعدام سببه، لأن البائع يمتنع منه الالتزام بسبب هلاك محله، فينحصر أثر السبب في تكوين العقد إذا تم تكوين العقد بتوافر السبب، بمعنى أنه إذا تم التزام البائع وجد السبب لإلتزام المشتري، وبعد تمامية العقد يتوافر سببه تكون التزامات كل من الطرفين مستقلة عن التزام الطرف الآخر، فإذا استحال على أحدهما الوفاء بالتزامه لا يؤثر ذلك على التزامات الطرف الآخر، فلا يجوز لأحد المتعاقدين في ظل هذه النظرية أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع، وهكذا الحال بالنسبة إلى البائع، كذلك ليس لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، وإذا هلك المبيع وهو في يد البائع كان من المشتري، وقد تناول فقهاء الكنيسة فكرة السبب بعد أن اعتبروا للإرادة المقام الأول في تكوين العقد واشترطوا في إرادة العاقد أن تتجه إلى تحقيق غاية مشروعة من العقد، فنظروا إلى الغرض الباعث على التعاقد، فإن كان مشروعاً مضى العقد وأثر أثره، وإلا كان باطلاً، وبذلك يكون السبب عندهم عبارة عن

(١) انظر مصادر الإلزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢١٩ .

الباعث الذي دفع المتعاقدين على التعاقد، وبقيت نظرية السبب بمعنى الباعث على العقد والالتزام إلى حدود القرن السابع عشر، فرجع بها بعض الفقاء الفرنسيين وهو «دوما» إلى معناها الروماني، ونص على أنها في عقود المعاوضات عبارة عن التزام كل من الطرفين بما التزم به الآخر، وفي عقود التبرعات كالهبة وغيرها هي نية التبرع، ومضى التشريع الفرنسي على ذلك إلى أواخر القرن الثامن عشر، وفي أواخره ابتدأ الهجوم عليها من رجال القانون، وظهرت عليهم الخصومة لنظرية السبب، وانتصر لها جماعة من الفقهاء حاولوا إصلاح النواحي التي كانت هدفاً لهجوم خصومها إلى أن استقرت أخيراً في القوانين الحديثة على الباعث الدافع إلى التعاقد، وطرح النظرية التقليدية في السبب[1] على حد تعبير السنهوري في الوسيط ص ٤٥١.

فالسبب بالمعنى الروماني المعبر عنه بعد المراحل الطويلة بالنظرية التقليدية موضوعي داخل في العقد، أما السبب بالمعنى الثاني الذي انتهى إليه الفقه الحديث وأقرته القوانين المدنية الجديدة في فرنسا وغيرها فهو ذاتي خارج عن العقد وقائم بنفس العاقد يختلف باختلاف الأشخاص.

قال السنهوري في الوسيط: وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشىء ما تشاء من التزامات لا بد لها من باعث يدفعها إلى الإلتزام، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه لا يحرمه القانون، ولا يتعارض مع

---

(١) والمراد من النظرية التقليدية، هي النظرية الرومانية التي تعتبر السبب عبارة عن التزام البائع المسبب لالزام المشتري، ونية التبرع في عقود التبرعات كالهبة ونحوها، وإنما سمي السبب بهذا المعنى بالنظرية التقليدية، لأن رجال القانون في القرن السابع والثامن قد رجعوا إليها بعد أن ماتت تقريباً من عهد فقهاء الكنيسة الذين فسروا السبب بالدافع إلى حدود القرن السابع عشر، فأحياها دوماً ومن تابعه من الفقهاء أمثال نابليون وغيره من المشرعين.

النظام العام والآداب.

ومهما كان الحال، فالسبب في العقود وإن صح أن يراد منه العقد الذي ينشأ به المتعاقدان المبادلة بين المالين كما نص على ذلك الدكتور مرقس في نظرية العقد، والسنهوري في الوسيط، ولكنه بهذا المعنى ليس مقصوداً من أبحاث المدنيين القدامى والمحدثين، وإنما المقصود منه في أبحاثهم هو، إما الغرض القريب الذي يسعى إليه المتعاقد، ففي عقد البيع مثلاً يكون السبب في التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بتسليم الثمن، كما وأن سبب التزام المشتري بتسليم الثمن هو التزام البائع بتسليم المبيع، والسبب بهذا المعنى هو الذي أقرته مبدئياً القوانين الرومانية وأدخلت عليه بعض التعديلات من بعض المشرعين الفرنسيين وغيرهم، بعد الهجوم العنيف عليه من المشرع البلجيكي «ارنست» والفقيه الفرنسي «بلانيول» واتباعهما، وكان من جملة التعديلات التي أدخلت عليه التعديل الذي أدخله «كابيتان» فنص في العقود الملزمة للجانبين: إن السبب في التزام أحدهما هو تنفيذ الالتزام من الطرف الآخر، واعتمد في هذا التعديل على أنه لو اعتبرنا كل من الالتزامين سبباً للآخر يتم العقد بحصول الالتزامين المتقابلين، فلا يبقى مسوغ للتحلل من العقد فيما إذا طرأ ما يوجب عدم وفاء أحدهما بالتزامه، ومن شأن هذا التعديل جعل التقابل والارتباط بين العقدين مستمراً إلى أن يتم تنفيذ التزامات الطرفين، ومن هذا الارتباط المستمر يثبت الحق لكل منهما بفسخ العقد إذا أخل أحدهما بتنفيد التزامه، وينفسخ العقد إذا هلك محل أحد الالتزامين، أو أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب لاحق للعقد.

وفي عقود التبرعات كالهبة ونحوهما، فقد اعتبر الباعث عليها سبباً لها إذا اشترط الواهب على الموهوب له أمراً، كما لو وهب شخص ماله لشخص على أن يبني فيه معهداً، فيكون إنشاء المعهد سبباً للهبة، فإذا لم يتحقق يسوغ للواهب فسخ الهبة واسترجاع ماله، وإذا لم يشترط الواهب شيئاً، يكون

السبب فيها نية التبرع التي هي عبارة على العزم على دفع المال بدون مقابل[١].

أما الفقه المدني الجديد فقد انحاز إلى مذهب فقهاء الكنيسة في السبب واعتبره عبارة عن الباعث إلى التعاقد ما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها، ولا بد فيه أن يكون مشروعاً لا يحرمه القانون ولا يتنافى مع الآداب والنظام العام، ولا بد في بطلان العقد إذا لم يكن الباعث مشروعاً من علم الطرف الآخر بذلك، وقد مثلوا له بما لو وقع عقد البيع أو الاجارة على منزل يريد المشتري أو المستأجر أن يتخذه محلاً للعهارة، فإن الباعث على العقد غير مشروع، ويتنافى مع الآداب العامة، ولكن بطلان العقد في المقام إنما يتم إذا كان البائع عالماً بذلك لكي يتحقق السبب المنافي للآداب من طرفه، ومن أمثلته أيضاً ما لو اقترض إنسان من شخص مالاً لغرض المقامرة فيه، وكان المقرض عالماً بالغاية من هذا القرض[٢].

ومن مجموع ذلك تبين أن فكرة السبب في العقود متفق عليها بين المدنيين والشرعيين، والسبب في الفقه العربي سواء أريد به الباعث على التعاقد الخارج عن حقيقية العقد، أو أريد به المعنى الروماني للسبب بما له من التطورات التي عرضت عليها من المشرعين الغربيين كما ذكرنا، هذان المعنيان للسبب اللذان بحثهما الفقه الغربي وأعطاهما تلك الأهمية البالغة قد تعرض لهما الفقه الإسلامي الجعفري في خلال مباحث العقود ولكن لا بعنوان السبب، وأعطاهما حقهما فيما يعود إلى النتائج الفقهية المترتبة عليهما، ولا

---

(١) نظرية العقد ص ٢٠٨ ومصادر الإلزام لعبد المجيد الحكيم ص ١١١ و١١٢.

(٢) لا يخفى أن بطلان العقد في هذين الفرضين وأمثالهما متفق عليه بين فقهاء الجعفريين. قال في منية الطالب: «كل فعل لا يقع الحرام به، بل يتوقف على أمور وأفعال أخرى، كبيع العنب ممن يجعله خمراً، إذا قصد البائع تمكين المشتري من فعل الحرام، هذا الفعل وإن لم يكن تمام العلة للحرام، إلا أنه يكون محرماً لكونه من صغريات المعاونة على الإثم».. ومن أظهر مصاديق القاعدة العامة بيع الدار للدعارة وإقراض المال للمقامرة ونحو ذلك مما يكون الدافع على العمل غير مشروع ومخالف للنظام العام.

سيما فيما يعود إلى السبب بمعنى الدافع الباعث على التعاقد كما انتهت إلى ذلك النظرية الحديثة في السبب عند المدنيين، ذلك لأن هذه النظرية في السبب حسب اصطلاحهم تتجه اتجاهاً كلياً نحو المبدأ العام المتبع عند الشرعيين والذي ينص على احترام قصد المتعاقدين وتبعية العقود للقصود، ولكن الشرعيين لم يعتبروا هذا الارتباط بين العقد ومقاصد المتعاقدين تسبيباً، بل من ناحية احترام إرادة الإنسان وإعطاءها الحق في التصرف وقد أشرنا في أول هذا البحث إلى أن السبب عند الشرعيين هو عبارة عن العلة الموجدة ولو بالاعتبار والجعل الشرعي، ولذا فقد اعتبروا العقد من أسباب التمليك.

قال الخونساري في منية الطالب: الأمر الثاني قد اشتهر بين الفقهاء أن باب ألفاظ العقود وما ينشأ بها باب الأسباب والمسببات، والمراد من ذلك إن بعت من البائع بقصد التمليك وقبلت من المشتري بقصد إنشاء التملك سبب لنقل كل من الثمن والمثمن من مالكه الأصلي للمالك الثاني.

وقال الشيخ مرتضى الأنصاري: بأن الشهيد الثاني قد نص على أن إطلاق البيع بمعنى الأثر على العقد مجاز لعلاقة السببة والمسببة، ومعنى ذلك أن إطلاق البيع بمعنى الأثر الحاصل من العقد على العقد هذا الاطلاق لا بد وأن يكون على سبيل التجوز، لأن العقد سبب للنقل والانتقال وهما مسببان عنه، وأضاف إلى ذلك الشيخ مرتضى الأنصاري: أن المسبب هو الأثر الحاصل بنظر الشارع عن العقد، لأنه المسبب عنه إلى غير ذلك من النصوص الفقهية التي تكررت من الفقهاء في صدر مباحث العقود، وقالوا في المسألة المعروفة عند الأصوليين بالصحيح والأعم: إن البيع وغيره من العقود إن أريد بها المبادلة بين المالين، فلا مجال للنزاع في أنها موضوعة للصحيح أو للأعم منه ومن الفاسد، ذلك لأنها بهذا المعنى لا تتصف إلا بالوجود والعدم، والذي يقبل الاتصاف بهذين الوصفين هي العقود التي يتم بها إنشاء المبادلة بين المالين المعروفة بالأسباب.

ومع أن الفقه الإسلامي الجعفري قد اعتبر العقود التي بها ينشىء

المتعاقدان المبادلة بين المالين، وإعطاءها صفة الأسباب والعلل المولدة ولو بنحو الاعتبار والجعل الشرعيين ولكنه لم يكتف بالعقد بمجرده في حصول المبادلة بين الأموال، بل ضم إليه شروطاً في المتعاقدين وَفي العوضين، وأقرّ مبدأ الرضا في المعاملة كشرط أساسي لا يتم العقد بدونه، وألغى جميع النواحي الشكلية التي كانت تنظر إليها الشرائع والقوانين القديمة بعين الاعتبار، ذلك لأن الشريعة الإسلامية رفعت من شأن الإنسان وأطلقت له حرية التصرف إلى أبعد الحدود ونظرت إلى تصرفاته من زاوية قصده واختياره، وأخذت بالألفاظ باعتبارها معبرة عن إرادته في عقوده وسائر شؤونه، وإلى جانب ذلك فقد فسح له التشريع المجال للتراجع، ما دام في مجلس العقد ليحصل له تمام الرضا في المعاملة، لأن العقد قد يصدر أحياناً بغتة من غير ترو ولا نظر صحيح من العاقدين أو أحدهما، فاقتضت الحكمة أن يكون المتعاقدان في فسحة ليعيدا النظر ويستدرك كل منهما ما قد يظهر له خلال هذه المدة، واعتبر الشارع مع ذلك كله أن يكون الباعث والواقع على المعاملة مشروعاً وموافقاً للنظام العام والآداب فاجارة الدار للفساد والدعارة وإقراض المال للمقامرة وبيع العنب لكي يصنع خمر أو نحو ذلك، لم يقره الشارع ولم يعتبر العقد فيه مؤثراً في نقل الأموال والاتجار بها إلى غير ذلك من النظريات التي أخذ بها التشريع الإسلامي وقيد بها سببية العقد وحدّ من سلطنة الإرادة، ومن بين هذه النظريات والقيود التي أدخلها الفقه الإسلامي على العقد بصفته سبباً مؤثراً في المبادلة بين الأموال، من بين هذه النظريات ما يقوم بدور السبب في الفقه الغربي، الذي يؤدي المهمة التي يؤديها السبب في الفقه الإسلامي، حيث إنهم قد اعتبروا السبب هو التزام كل من الطرفين المسبب عن التزام الآخر[1] أو تنفيذ الالتزام[2] أو الدافع الباعث على

---

(١) كما هو في الفقه الروماني.

(٢) كما يرى ذلك انصار هذه النظرية من الفقهاء الغربيين بعد التعديلات التي ادخلت عليها.

التعاقد[1] كما ذكرنا ورتبوا على ذلك بطلان العقود التالية:

١ ـ إذا اشترى شخص شيئاً معيناً ثم تبين أن ذلك الشيء قد تلف قبل العقد عليه، فيبطل العقد لعدم وجود السبب، لأن تسليم البائع للمبيع هو سبب لإلتزام المشتري بتسليم الثمن، وبتعذر تسليم المبيع لا يوجد السبب فيكون العقد باطلاً.

٢ ـ إذا اعتقد أحد الوراث أن مورثه قد أوصى لشخص بشيء من تركته، فاشتراه منه ثم تبين بعد ذلك أنه لم يوصي له، فيبطل العقد أيضاً لعدم وجود سببه وهو تسليم البائع المبيع للمشتري.

٣ ـ إذا استأجر إنسان شخصاً على ارتكاب جريمة بمبلغ من النقود، فالعقد باطل لعدم مشروعية السبب وهو ارتكاب الجريمة.

٤ ـ إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة أو بعدم الزنا والسرقة ونحو ذلك من المحرمات في مقابل مبلغ من المال، فيبطل التعهد لعدم تأثير السبب في مثل ذلك.

٥ ـ لو أستأجر انسان شخصاً على عمل مستحيل بحسب العادة، فالعقد في مثل ذلك باطل لتعذر سببه.

٦ ـ لو قال إن جئتني بعبدي الأيق أو ببعيري الشارد أو بمتاعي الضائع فلك عندي كذا، فلو كان المتاع أو البعير عنده يكون العقد باطلاً لانعدام سببه، ذلك لأن الجعل الذي التزمه صاحب المتاع ليس سبباً في التزام من عنده المتاع بوجوب رده. لأن وجوب رده لمالكه واجب بحكم كونه أمانة عنده.

وقد حكم الفقه الغربي على هذه الأمثلة من العقود بالبطلان لانعدام

---

(١) كما يرى ذلك أنصار النظرية الحديثة في السبب.

سببها، أو لعدم مشروعيته كما في بعض الأمثلة السابقة[1] أما الفقه الإسلامي فإنه يحكم عليها بالبطلان لانهيار العقد من حيث عدم توافر شروطه.

ففيما لو تعين فساد المبيع قبل بيعه يبطل العقد ويرجع المشتري على البائع بالثمن الذي دفعه إليه، لأن البيع مبادلة مال بمال، ولا تتحقق المبادلة بين المالين فيما لو تبين تلف المبيع قبل العقد عليه، قال الشيخ مرتضى الأنصاري: إذا تبين فساد المبيع فإن لم يكن له قيمة يبطل العقد لوقوعه على ما ليس بمتمول، هذا إذا تبين فساده، فلو تبين تلفه قبل وقوع العقد عليه كان أولى بالبطلان لفوات الموضوع من أساسه والظاهر اتفاق الفقهاء على ذلك[2].

والمتحصل من ذلك أن البطلان في هذا الفرض لعدم وجود محله واقعاً، وفيما لو باع عقاراً معتقداً بأن المالك قد أوصى له به فتبين بطلان الوصية، أو باع معتقداً بأنه أحد الوراث فتبين أنه ليس بوارث، فقد تعرض الفقهاء لحكم هذا الفرض في خلال بحثهم لعقد الفضولي، وقد ذكروا في ذلك المقام. أن العقد لا يصح بالنسبة إلى العاقد لعدم كونه مالكاً للمبيع، فلا يمكن دخول الثمن في ملكه وخروج المبيع من ملك غيره، ويكون العقد بالنسبة إلى المالك فضولياً، ورجحوا اعتبار هذا النوع من المعاملة من مصاديق الفضولي، وحكموا بصحته للمالك إذا أجاز العقد الواقع على ماله، ونص أكثر الفقهاء على بطلان العقد في هذه الحالة، لأن المنشىء للعقد لم يكن مالكاً للبيع، ولم يقصد البيع لمالكه ليكون العقد من مصاديق عقد الفضولي، ولا يمكن تجاهل قصد المتعاقدين في المعاوضات.

وفي مسألة ما لو وقع العقد على فعل محرم أو فعل واجب، فقد نص

---

(١) انظر مصادر الالزام لعبد المجيد الحكيم ص ١٩٩ و٢٠٠ والتعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ٤٨٨ و٤٨٩.

(٢) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري شروط العوضين.

الجعفريون على بطلان العقد في مثل ذلك، لأن العقد لا يحدث إلزاماً في حق الأجير لكون العمل موضوع الإجارة محرماً عليه كما في صورة الاستئجار على المحرم وواجب عليه كما في الاستئجار على ترك الزنا مثلاً، ويشترط في العمل موضوع العقد أن يكون مملوكاً للأجير وداخل تحت سلطته، بنحو لا يكون مسلوب الاختيار بالنسبة إليه، وإذا كان محل العقد واجباً يكون الأجير ملزماً به فلا يكون تركه مقدوراً له، ولو كان محرماً يكون ملزماً بتركه وفعله ليس داخلاً تحت قدرته شرعاً.

ومجمل القول: إن المحرمات بأجمعها لا تصح العقود عليها لعدم كونها مملوكة للمتعاقدين وإذا لم تكن مملوكة فلا يصح تمليكها بالعقد وغيره، فيكون التزام المؤجر بدفع العوض في مقابلها تمليكاً للعوض بدون مقابل، وهكذا الحال لو كان موضوع العقد واجباً عينياً على كل مكلف بعينه.

قال الخونساري في منية الطالب: يعتبر في المعاملة أمران:

الأول: أن يكون العمل الذي يأخذ الاجرة عليه ملكاً له، بأن لا يكون مسلوب الاختيار بإيجاب أو تحريم شرعيين، لأنه إن كان واجباً لا يقدر على تركه، وإن كان محرماً لا يقدر على فعله.

الثاني: أن يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر، فلو لم يكن كذلك كما لو تعلق به تكليف مباشر لا تصح الاجارة عليه لخروجه عن ملكه في مثل ذلك(1).

ومن ذلك تبين أن عقد الإجارة على عمل غير مقدور للأجير بحسب العادة أو عقلاً، هذا النوع من العقود محكوم بفساده، لأن القدرة على تسليم كل من العوضين من الشرائط المتفق عليها بين الفقهاء، وكما لا تصح الإجارة في مثل ذلك، لا تصح الجعالة على عمل واجب على الطرف الآخر، كما جاء في المثال السابق، لقد توصل الفقه الإسلامي إلى إبطال

---

(1) منية الطالب في شرح المكاسب ص ١٥.

هذا النوع من العقود وأوجد لكل من المتعاقدين المخرج للتحلل من العقد، بواسطة عدم توافر الشروط التي اعتبرها المشرع في العقود، ومعها لا تحتاج إلى اعتبار الإلتزام من كل منهما والدوافع الخارجة عن العقد الباعثة على التعاقد أسباباً في العقود كما يدعي أنصار نظرية السبب، على أن الذين يهاجمون نظرية السبب من الفقهاء الغربيين يلتقون مع الشرعيين من حيث إن إبطال هذا النحو من العقود لا يتوقف على انعدام السبب الذي هو شرط لصحة العقد، واعتبار هذه العقود باطلة لإنعدام السبب كما قرر ذلك أنصار هذه النظرية، قال «بلانيول» الفرنسي: نستطيع إبطال العقد بفكرة المحل وبفكرة الارتباط بين الالتزامين ونستغني بذلك عن فكرة السبب فيكفي أن نقول أن الالتزامين المتقابلين مرتبطان ببعضهما بحيث يتوقف مصير أحدهما على مصير الآخر، ففي الحالات التي يدعي أنصار السبب بطلان العقد لإنعدام سببه، أو لعدم مشروعيته نستطيع إبطال العقد لانعدام محله، أو لعدم مشروعيته، فلو باع شيئاً لا وجود له يبطل العقد، لأن التزام المشتري كان معلقاً على شرط وهو التزام البائع تجاهه بتسليم المبيع، وبما أن هذا الالتزام لم يوجد، فإن الالتزام الثاني المعلق عليه لا يمكن أن يحصل، فتنهار التزامات الطرفين في وقت واحد، وهكذا لو كان محل أحد الالتزامين غير مقدور، أو كان أحد المتعاقدين ملزماً به بنظر الشرع مثلاً كما في الأمثلة السابقة[1].

ومهما كان الحال فالفقه الجعفري كما أوجد الحلول للتخلص من العقد في الموارد التي يدعي أنصار السبب فيها أن بطلان العقود لانعدام أسبابها، كذلك أوجد الحلول للتخلص من العقد في موارد تخلف العقد عن الدافع الباعث على التعاقد الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب، وربط بين الدوافع والعقود اعتماداً على المبدأ الذي ينص على أن العقود

(١) انظر مصادر الالزام لعبد المجيد الحكيم ص ٢٠٣ بينما يدعي أنصار السبب بأن التزام كل منهما باطل لتخلف سببه كما ذكرنا.

تابعة للقصود، وقد حدد الفقهاء هذا الارتباط ونصوا في مجاميعهم الفقهية على وجوب مراعاة قصد المتعاقدين واحترامه بمعنى أن المتعاقدين ليس لهما أن ينحرفا في تنفيذ العقد عن المعنى المقصود لها، ولا يصح العقد إذا لم تترتب الآثار المقصودة للمتعاقدين عليه، وهذا هو الذي يعنيه قولهم: العقود تتبع القصود.

قال في منية الطالب: كل فعل لا يقع الحرام به بل يتوقف على أمور أخرى، كبيع العنب ممن يجعله خمراً فهذا لا يتدرج تحت الإعانة على الإثم، إلا إذا قصد به البائع توصل المشتري بالعنب إلى التخمير، وأضاف إلى ذلك: وبالجملة لو لم نقل بحرمة شراء الطعام للتقوي على المعصية، إلا أن البيع بقصد التوصل إلى صدور الحرام من المشتري حرام[1].

والمقصود من هذا النص الفقهي أن بيع العنب والطعام بذاتهما باعتبارهما ليسا علة للحرام لا يحرمان على المالك، ولكنه إذا قصد البائع بالبيع توصل المشتري إلى الحرام والتسهيل عليه بممارسة الحرام، يكون البيع باطلاً وحراماً لأنه قصد به الحرام.

وقال السيد كاظم في العروة الوثقى: الخامس من شروط العقد أن تكون المنفعة مباحة، فلا تصح إجارة المساكن لإحراز المحرمات والدكاكين لبيعها والدواب لحملها والجارية للغناء ونحو ذلك وتحرم الأجرة عليها.

وجاء في منية الطالب، أن تبعية العقد للقصد إنما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الآثار المقصودة عليه، فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب المقصود عليه، وأضاف إلى ذلك: أن تبعية العقد للقضد في كلمات العلماء لا تختص بالعقد الذي هو من أفراد قوله تعالى: أوفوا بالعقود بل يجري في جميع المنشآت وليست هذه التبعية حكماً تعبدياً حتى تختص بمورد دون آخر، بل حكم فطري ارتكازي منشأه أن الموجد

---

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ص ١٢ و١٣ من المجلد الأول.

الاعتباري إنما يوجد بآلة إيجاده إذا صدر عن قصد فتحقق غير ما قصد لا يعقل في طريقة العقلاء، وليس حكم الشارع في باب العقود إلا إمضاء ما هو طريقهم[1].

ونص الشيخ مرتضى الأنصاري في مبحث المعاطاة: بأن الحكم بصحة العقد يلزمه ترتب الأثر المقصود عليه للمتعاقدين.

وقال السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة: إن هذه القاعدة لا تختص بالعقود بل تطرد في جميع الأسباب الإنشائية من غير فرق بين العقود والإيقاعات[2].

ومن ذلك تبين أنه إذا لم يتحقق الغرض المقصود من العقد يكون العقد لغواً، وإن قصد أمراً مشروعاً لا يتنافى مع الشرع والآداب العامة يصح العقد وتترتب عليه آثاره، أما إذا قصد التوصل إلى غرض يحرمه الشرع والقانون كما لو باع العنب لأجل أن يصنعه المشتري خمراً، أو أجر داره للدعارة أو أقرض ماله للقمار ونحو ذلك من المقاصد التي حرمتها الشرائع والقوانين يبطل العقد لعدم مشروعية الغاية أو الباعث الذي يسميه الفقه المدني الحديث بالسبب.

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم: فالنظرية الحديثة للسبب تسير إذن نحو ما قرره الفقهاء المسلمون، ولكنها لم تبلغ بعد الشأو الذي وصل إليه هؤلاء الفقهاء، فهم قد صاغوا من ذلك نظرية عامة تنطبق على جميع أفعال الانسان بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعبادات وغير ذلك من الأمور، ونحن نعتقد أن أنصار النظرية الحديثة من الفقهاء أمثال «اهرنك» و«جوسران» لو اطلعوا على ما يقوله الفقهاء المسلمون في هذا الباب لأبدعوا فيما يقولونه

---

(١) المصدر السابق ص ٥٢

(٢) نهج الفقاهة ص ٣٣.

أيما إبداع، ولصاغوا منه نظرية متماسكة الأجزاء تسيطر على القانون بأجمعه[٢].

---

(١) الموجز في شرح القانون المدني ص ٢٢٢.

عيوب الرضا بالعقد

لقد نص الدكتور سليمان مرقس وغيره على أن عيوب الرضا في القانون الجديد لا تتجاوز العيوب الأربعة التالية:

الغلط والتدليس، والإستغلال والإكراه وهذه العيوب قد نظر إليها الفقه الإسلامي وبخاصة الجعفري بعين الإعتبار، وحدد موقف المتعاقدين من العقد فيما إذا كان الرضا به مشوباً بأحد هذه العيوب، وقد تحدثنا في المباحث السابقة بعنوان الإرادة وأثرها على العقد عن الغلط وأنواعه ومقدار تأثيره على العقد عند الجعفريين، بعد أن استعرضنا آراء الإسلاميين والمدنيين فيه.

ويتخلص ما ذكرناه في المبحث السابق، أن الغلط في العقد إذا رجع إلى عدم القصد للفظ أو للمعنى، بنحو لم تتعلق إرادته به لا يصح منه العقد، كما نص على ذلك الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه في شروط المتعاقدين.

وإذا رجع الغلط في العقد إلى الغلط في القيمة كما لو باع شيئاً بمبلغ معين من المال، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت لسبب من الأسباب، أو رجع إلى الغلط في الباعث، كما لو باع شيئاً بدافع الحاجة الملحة فتبين عدمها، أو رجع إلى الغلط في موضوع الالتزام، كما لو اشترى خاتمه معتقداً

أنـه من ذهب فتبين أنه من نحـاس، هـذا النـوع من الغلط لا يـوجب بـطلان العقد، بل يجعله قـابلاً لـلإبطال، في بعض الفـروض، وذلك فيمـا إذا رجع الغلط إلى تخلف صفة في المبيع مثلاً، على شرط أن يكون المشتري جـاهلاً بأن المبيع فـاقد لتلك الصفـة[1] وفيما إذا رجـع الغلط إلى تباين مـادة الشيء موضـوع الإلتـزام يبـطل العقــد، لأن إرادة المشتـري لم تتجــه إلى المـادة الثانية[2].

أما إذا رجع الغلط إلى الدافع على التعاقد فـلا يؤثر ذلـك على العقد، ولا يعـرضـه للبـطلان، نعم إذا رجـع الغلط إلى القيمـة يصبـح العقـد قـابـلاً لـلإبـطال[3] وقـد أشـرنـا في المبحث السـابق إلى الجهــات التي يلتقي بهـا الجعفريون مع غيرهم من شرعيين ومدنيين.

العيب الثاني ـ التدليس

وهـو عبارة عن تضليـل العاقـد ببعض الوسـائل المـوجبة لإقـدامه على العقد، بإظهار محاسن المبيع، وستر عيوبه، وبايجاد صفة فيه عـرضية بقصـد ترغيبه في الإقدام على المبيع.

وقد مثل له الفقهاء بمـا ترك لبن الـداية في ضـرعها أيـاماً لغـاية إغـراء المشتـري بها، وبمـا لو وصف المبيـع بما ليس فيـه أو أخفى بعض عيوبـه أو

(١) ومن أمثلة ذلـك، ما لـو اشترى خـاتماً ذهبيـاً على أنه أثـري، ثم اتضح أنـه من الـذهب الخالص ولكنه غير أثري، ونحو ذلك من الأمثلة المتشابهة.

(٢) ومن أمثلته، ما لو اشترى خاتماً من ذهب فتبين أنه من نحاس.

(٣) وذلك كما لو باع شيئاً ثمين معين، ولم يعلم بأن قيمته قد تضاعفت، فيثبت للبائع الخيار في فسـخ العقد من حيث الغبن في قيمـة البيع، أمـا لو بـاع شيئاً بـدافـع الحـاجـة تبين عدمها، فلا يؤثر هذا النوع من الغلط على العقـد. ومجمل القـول: أنه إذا رجـع الغلط بجميـع صوره إلى عـدم كون الشيء الـذي وقع الغلط فيـه مقصوداً للعـاقـد ومـراداً من العقـد، فلا يبعـد البطلان في بعض الفـروض والخيار في البعض الآخـر، وإذا لم يبلغ إلى هذا الحد فلا يؤثر على العقد.

زين الجارية ونحو ذلك بقصد إغراء المشتري وترغيبه، وقد نص الفقهاء في ذلك على أن للمشتري الخيار في هذه الحالات.

قال الشيخ محمد حسن في الجواهر: والمشهور بين الأصحاب أنه تدليس فيثبت به الخيار بين الرد والإمساك كغيره من أنواع التدليس، الذي لم أجد خلافاً في ثبوت الخيار به، بل سمعت الإجماع في التصرية التي هي فرد منه[1].

ومن ذلك تبين أن التدليس الدافع على التعاقد هو ما لولاه لما أقدم المشتري أو البائع على المعاملة، هذا النوع من التدليس يجعل العقد قابلاً للابطال، بمعنى أنه يثبت للمدلس عليه الخيار بين فسخ العقد وإمضائه.

وقال الدكتور سليمان مرقس: وتنص المادة ١٢٥ من القانون المدني الجديد، على أنه «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد العاقدين أو نائبه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

وأضاف إلى ذلك: أنه لا بد أن تتوافر في التدليس الشروط الثلاثة التالية:

١ ـ استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل.

٢ ـ أن يكون استعمال تلك الطرق حاصلاً من العاقد الآخر، أو يكون عالماً به.

٣ ـ أن يكون التضليل الناشىء من استعمال هذه الطرق الإحتيالية هو الدافع على التعاقد.

واستطرد يقول: إن مجرد الكتمان قد يعتبر في بعض الحالات من الطرق الإحتيالية، لأن ظهوره يؤثر في إرادة العاقد الآخر، فيعتبر كتمان هذا

---

(١) والمراد من التصرية، هو أن يترك اللبن في ضرع الناقة أو الشاة أياماً ليرغب المشتري في شرائها، انظر الجواهر كتاب المتاجر ملحقات خيار العيب.

الأمر فيها من قبيل الطرق الإحتيالية.

وقد نصت المادة ١٢٥ فقرة ثانية مدني جديد، على أنه يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة(١).

العيب الثالث من عيوب الرضا ـ الاستغلال

والمقصود من الاستغلال، الغبن الواقع في المعاملة، وهو عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين، كما لو باع شخص ما يساوي مائة جنيه بسبعين جنيهاً أو أقل من ذلك.

وسنحدث عن موقف الفقه الجعفري من هذا العيب، وموقف فقهاء المذاهب الأربعة والفقه الوضعي منه في الفصل الأخير من فصول هذا الكتاب.

العيب الرابع ـ الإكراه

ومن الشرائط التي لا بد منها في صحة العقد أن يكون المتعاقدان مختارين في إنشاء التمليك أو الزواج وغيرهما من العقود والإيقاعات بمعنى أن إرادة المتعاقدين المتجهة نحو المبادلة في البيع والزواج في النكاح والتمليك في الهبة والانتفاع بالعين في العارية والفرقة في الطلاق ونحو ذلك من العقود والإيقاعات، هذه الإرادة لا بد وأن تكون بدافع الرغبة والرضا منهما بحصول مدلول العقد، فلو استندت إرادتهما أو إرادة أحدهما إلى إكراه أو الجأ من شخص آخر لا ينفذ العقد من حيث إنه يفقد الركن المقوم لصحة المعاملة وهو الرضا بالعقد، والكلام في هذه المسألة بعد افتراض أن العقد

---

(١) نظرية العقد ص ٢٥٥ و٢٥٦، وقد نقل الشيخ الأنصاي في المكاسب عن جماعة من الفقهاء: أن من باع شيئاً فيه عيب ولم يبينه فعل حراماً، وكان المشتري بالخيار، وأضاف إلى ذلك: أن كتمان العيب الخفي وهو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش، أما العيب الظاهر فإن ترك إظهاره لا يعد تدليساً.

جامع لجميع الشرائط والأركان التي لا بد منها في صحة العقد ما عدا الاختيار. وقد ارجع الشيخ الأنصاري الاختيار الذي اعتبره الفقهاء شرطاً لصحة العقد، إلى أن قصد المتعاقدين لمدلول العقد لا بد وأن يكون بدافع الرضا وطيب النفس منهما بحصول مضمون العقد، ونص على ذلك الشهيدان والعلامة الحلي أيضاً، والنص الفقهي المنسوب إليهم هو أن المكره قاصد للفظ غير قاصد لمدلوله، والمراد من عدم قصد المدلول هو عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد خارجاً لا مجرد الكلام بدون قصد للمعنى كما هو الحال فيمن يتكلم تقليداً أو تلقيناً كالطفل الصغير والمجنون ونحوهما. واستدل الشيخ الأنصاري وغيره على اعتبار هذا الشرط بالكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب قوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض.

ومن السنة ما جاء عن الرسول (ص) أنه قال: لا يحل مال امرىء مسلم إلّا عن طيب نفسه، وقوله في حديث الرفع المشهور بين جميع المسلمين، رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما اضطروا إليه، وليس في الحديث ما يشير إلى أن المرفوع هو خصوص المؤاخذة، كما رجح ذلك بعض الشراح لهذا الحديث، ذلك لأنه بإطلاقه يشمل الحكم التكليفي والوضعي، ولا سيما بعد أن استشهد به الإمام أبو الحسن موسى بن جعفر (ع) على رفع الحكم الوضعي، فقد جاء في رواية البزنطي أنه سأله عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ قال(ع) لا: إن رسول الله(ص) قال وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لا يطيقون وما أخطأوا.

فقد نفى وقوع الطلاق والعتق والصدقة من المكره على الحلف واعتبر هذا المورد من الموارد التي ينطبق عليها الحديث، هذا بالإضافة إلى أن الرواية قد تعرضت لحكم الطلاق من المكره ونصت على عدم لزومه، مع

العلم بأن الإكراه إذا أوجب فساد الطلاق الصادر عن إكراه أوجب فساد غيره من العقود الصادرة بهذا الدافع[1].

والمراد من الإكراه المانع من صحة العقد هو أن يتوعد إنسان شخصاً إذا لم يبع ماله، أو يطلق زوجته بضرر في ماله أو نفسه، فينشىء المكره العقد دفعاً للضرر الذي توعده به المكره، ولا بد في الضرر الذي توعد به المكره أن يكون مضراً بحال المكره في نفسه أو عرضه أو ماله، وأن يكون مضنون الوقوع، وإلا فمجرد صدور العقد من المالك لدفع الضرر المحدق به لا يوجب بطلان العقد، ذلك لأن أكثر معاملات الناس لدفع المفاسد وجلب المنافع، فلو اكتفينا في موضوع الإكراه بمجرد صدور الفعل توقياً من الضرر، لزمنا أن نقول بفساد الكثير من المعاملات المتعارفة بين الناس.

كما وأنه لا بد وأن يكون الإكراه على نفس العقد والإيقاع، أم لو كان الضرر الذي تدعو به الظالم متجهاً إلى موضوع آخر، ولكن المكره أراد أن يدفع الضرر المتوجه إليه بالبيع أو الطلاق وغيرهما من العقود، كما لو أكره شخص على دفع مبلغ من النقود، وتوقف دفع المبلغ المطلوب على بيع داره أو عقاره، فالبيع الصادر منه وإن كان لدفع الضرر المنتظر ولكنه طيب النفس بذلك[2].

ومجمل القول: إن الإكراه المانع عن صحة العقد يرجع بنظر العرف إلى عدم استقلال العاقد في التعرف بنحو يكون الدافع إلى إنشائه حكم

(١) انظر مكاسب الشيخ الأنصاري شرائط المتعاقدين من كتاب البيع.

(٢) لا يبعد أن يكون هذا الفرض داخلاً في موضوع الإكراه المفسد للعقد، لأن العرف لا يرى فرقاً بين أن يكون الشخص مكرهاً على نفس العقد أو على أمر آخر ينحصر التخلص منه بالبيع نعم لو أمكن التخلص بدفع المال المكره عليه بالقرض مثلاً أو بعمل آخر غير البيع، يكون اختياره للبيع في مثل ذلك موجباً لخروج هذه المعاملة عن موضوع الإكراه، هذا كله بناء على أن الدليل على مانعيه الإكراه هو الآية والحديث السابقين، أما لو كانت مانعية الاكراه من جهة تعلق الاكراه بالعقد فيتجه التفضيل المذكور.

العقل القاضي بدفع الضرر عن النفس أو ترجيح أقل الضررين، والإقدام على العقد بهذا الدافع يلازم كون العاقد غير طيب النفس بالمعاوضة[1].

ويؤكد السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة: أن الإكراه بنفسه مانع عن صحة العقد، لأن العقد الصادر عن إكراه يفقد الرضا وطيب النفس، ذلك لأن اختيار العقد وترجيحه على غيره يتوقف على ترجيح وجوده على عدمه، وترجيح وجوده يلازم الرضا به وميل النفس إليه، ويستتبع ذلك تعلق ارادته به، وليس معنى طيب النفس إلا ميلها ورضاها بوقوع ذلك الشيء خارجاً، والاختيار المبحوث عنه في المقام هو عبارة عن عدم الإكراه على العقد، فيكون عقد المكره باطلاً لأنه صادر عن إكراه، لا لأنه فاقد للرضا وطيب النفس بمضمون العقد، فإن الرضا وطيب النفس يلازمان القصد إلى وقوع مدلول العقد، وهما موجودان مع الإكراه وعدمه، وكل ما في الأمر أن الرضا وطيب النفس الموجودين مع الإكراه قد حصلا بدافع التخلص من الضرر الذي توعد به المكره لا من حيث أن ذات العقد محبوبة له، ولا يشترط في صحة المعاملة الرضا وطيب النفس الذاتيان، لأن أكثر المعاملات الصحيحة إنما يتعلق بها الرضا وطيب النفس بملاحظة ما يترتب عليها من دفع المفاسد وجلب المنافع.

ومن ذلك تبين أن عقد المكره إنما يبطل إذا صدر عن إكراه، لا لأنه يفقد الرضا وطيب النفس[2].

ومهما كان الحال فالإكراه الموجب لفساد العقد يحصل بإلزام شخص ببيع عقاره مثلاً بنحو يظن بالضرر الذي توعده به إذا لم يباشر البيع، فلو لم يحصل يكن العقد بدافع الإكراه يقع صحيحاً ولو حصل بدافع التخلص من الضرر، فالمريض المحتاج إلى العلاج والدواء إذا باع داره أو عقاره للتخلص

---

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر نهج الفقاهة للسيد محسن الحكيم ص ١٨٨ و١٨٩.

من الضرر المحدق به بسبب المرض يصح بيعه ولو كان كارهاً لذلك.

ولو أكره الحاكم شخصاً على إيجاد عمل ولم يتمكن من إيجاده إلا ببيع داره أو سيارته أو غيرهما من ممتلكاته، فلا تشمله الأدلة الدالة على مانعية الإكراه من صحة العقد، ذلك لأن أصرح الأدلة على حكم هذه المسألة هو حديث الرفع، وهو من حيث إطلاقه وإن كان شاملاً لكل عمل يصدر بدافع الإكراه، سواء تعلق به الإكراه مباشرة أو تعلق به بواسطة أمر آخر كالمثال المتقدم، إلا أنه لما كان وارداً مورد التسهيل والتوسعة على العباد لا بد من التخطي عن ظاهره والاقتصار في تطبيقه على الموارد التي تحقق منه هذه الغاية، والحكم بفساد البيع في المقام اعتماداً على هذا النص يؤدي إلى التعسير والتضييق على هذا الشخص الذي ألجأته الضرورة لبيع سيارته ليتمكن من أداء العمل المكره عليه.

ومن أمثلة ذلك ما لو اضطر إنسان إلى بيع ممتلكاته لوفاء ديونه المستحقة عليه التي أجبره الحاكم على أدائها، فهو وإن كان مكرهاً على بيعها في مثل هذه الحالات ويشمله الحديث بمقتضى إطلاقه، إلا أن تطبيقه على هذه الموارد يؤدي إلى تضييع الحقوق وإضرار الناس وبالتالي يفقد الحديث أبرز فوائده وأغراضه التي فيها التسهيل على الناس والتيسير بهم.

ومما ذكرناه في تحديد معنى الإكراه تبين أن الإكراه المفسد للعقود والايقاعات لا بد فيه من أن يكون الفعل مكروهاً للفاعل، وأن يكون الرضا بوقوعه فراراً عن الضرر الذي توعد به المكره، بنحو يكون الإتيان بالعقد من باب ارتكاب أخف المحذورين وأقل القبيحين فلو أمكن التخلص من الضرر بعمل آخر لا ضرر فيه على المكره لا يكون العقد الصادر منه والحالة هذه موجباً لفساده، لأن العاقد يتمكن أن يتخلص من ضرر المكره بغير البيع، فلا يكون في فعله قد ارتكب أقل الضررين، بل يكون مختاراً في إقدامه على المعاملة، لأنه متمكن من التهرب من ضرر الظالم بغير البيع كما ذكرنا.

وقد أكد السيد الحكيم في نهج الفقاهة: أن الإكراه لا يكون مفسداً

للعقد مع إمكان التخلص من ضرر المكره بغير البيع من غير فرق بين أن يتخلص بعمل آخر لا ضرر فيه أو بالتورية التي هي عبارة عن إظهار أمر وإرادة خلافه.

فقد جاء في الكتاب المذكور: وعلى هذا يمتنع صدق الإكراه مع إمكان التفصي بما لا ضرر فيه على المكره، إذ حينئذ لا يكون تزاحم بين الضررين كي يكون من باب ارتكاب أخف المحذورين، لإمكان الفرار من المحذورين معاً بارتكاب الأمر المتفصى به، وأضاف إلى ذلك: والظاهر عدم الفرق فيما به التخلص بين التورية وغيرها[1].

ونص الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه: على أن عدم التمكن من التخلص من ضرر المكره ليس شرطاً في صدق الإكراه المفسد للعقود، سواء أمكن التخلص بالتورية أو بغيرها، فيصدق الإكراه المفسد للعقد حتى لو أمكن التخلص من المكره بغير العقد.

قال في المكاسب: ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضرراً آخر كما عن جماعة من الفقهاء أم لا؟ الذي يظهر من النصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية، لأن حمل عموم رفع الإكراه الوارد في حديث الرفع، وخصوص النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه، ومعاقد الاجماعات والشهرات المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جداً[2] مع أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز

(١) نهج الفقاهة ص ١٩١.

(٢) المراد من قوله: حمل عموم لرفع الإكراه وخصوص النصوص ومعاقد الاجماعات على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة، هو أنه لو قلنا بأن أدلة مانعية الإكراه من تأثير العقود مختصة بصورة عدم إمكان التخلص من المكره بالتورية لو قلنا بذلك يلزم أن يكون المستفاد من الحديث والنصوص التي تعرضت لحكم طلاق المكره والاجماعات على فساد عقوده هذه الأدلة يلزم أن تكون محمولة على صورة العجز عن التورية لجهل =

الإكراه، هذا بالإضافة إلى أن المستفاد من بعض النصوص عدم اعتبار العجز عن التورية مطلقاً، فقد جاء في رواية عبد الله بن سفيان عن أبي عبد الله الصادق (ع) أنه قال: «لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر أو إكراه، قلت أصلحك الله: وما الفرق بين الجبر والإكراه، قال (ع) الجبر من السلطان ويكون الإكراه من الزوجة والأم والأب».

فإن الإكراه من الزوجة والأب والأم يمكن التخلص منه في الغالب بغير التورية من الأعمال فضلاً عنها، ومع ذلك فقد اعتبره الإمام (ع) إكراهاً منه بقول مطلق، مع العلم بأن حالة العجز عن التخلص من ضرر المكره هي الحالة النادرة بالنسبة للأبوين والزوجة ولا يصح تنزيل الإطلاق عليها في مثل ذلك.

وبعد أن استظهر الشيخ مرتضى الأنصاري من أدلة الإكراه عمومها لحالتي إمكان التخلص من الضرر وعدمه رجح عدم صدق الإكراه مع إمكان التخلص بعمل آخر غير التورية، وذلك فيما لو كان الإكراه على عمل محرم كالزنا أو القتل ونحوهما، أما لو كان الإكراه على العقد أو الإيقاع فلا يرتفع حكم الإكراه ولو أمكن التخلص بالتورية أو غيرها من الأعمال، ذلك لأنه لو أكرهه على فعل الحرام وتمكن من التخلص منه يكون الضرر مترتباً على ترك الحرام من جهة، وعلى ترك التخلص منه لو أمكنه التخلص من جهة أن الضرار عن الحرام واجب بحكم الشرع، فلو فعل الحرام والحال هذه يكون مختاراً بالنسبة إليه، لأن الضرر مترتب على ترك المكره عليه وترك التخلص منه، فإقدامه على المحرم مع التمكن من التخلص منه من غير أن يناله شيء من ضرر المكره هذا الإقدام باختياره وإرادته وإن كان بدافع الإكراه عليه، فيكون الإكراه على المحرم الرافع للحكم التكليفي بمعنى الإلجاء والاضطرار. أما الإكراه الرافع لأثر العقود والمعاملات فيبقى له أثره ولو مع

= أو دهشة، وفي غير هاتين الحالتين لا يتصور العجز، لأنها أي التورية تتحقق بعدم قصد مدلول العقد أو قصد معنى آخر.

إمكان التخلص من ضرر المكره بعمل آخر، لأن الإكراه المفسد للعقد قد أفسده من حيث عدم الرضا وطيب النفس به، وهما مفقودان حتى مع إمكان التخلص من ضرر المكره، ومن أمثلة ذلك. ما لو فرض أن شخصاً أكره غيره على بيع داره أو عقاره مع العلم بأن المكره لو خرج من المحل الذي وقع فيه الإكراه وجد من أعوانه وجيرانه من يكفيه شر المكره في خارج المحل، ومع ذلك فقد باع داره أو عقاره لأنه يكره الخروج من ذلك المحل، فيصدق الإكراه بمعنى عدم الرضا وطيب النفس في هذه الحالة، ولا يصدق فيما لو كان معه في المحل الذي وقع فيه الإكراه من يكفيه شر المكره فيما لو استعان به، ومع ذلك أوقع البيع ولم يكلف أنصاره بإعانته على المكره ودفع ضرره، وقد انتهى الشيخ الأنصاري من هذه التفرقة إلى النتيجة التالية:

إن الإكراه على المحرمات لا يكون إكراهاً مؤثراً إلا إذا رجع إلى الجبر والإلجاء بمعنى أنه لو تمكن من التخلص بما يدفع عنه ضرر المكره ومع ذلك باشر العمل موضوع الإكراه لا يترتب على عمله حكم الإكراه.

أما الإكراه على العقود والمعاملات فمن حيث أنه يرجع إلى عدم الرضا وطيب النفس بالعقد: لا يرتفع حكمه مع إمكان التخلص من ضرر المكره بالتورية أو بعمل آخر[1].

وليس في أدلة الإكراه ما يشير إلى هذا التفصيل، وقد ذكرنا أنه مع إمكان التخلص من ضرر المكره بعمل من الأعمال أو بالتورية ونحوهما لا يكون الدافع على العقد الفرار من الضرر الذي توعد به الظالم، ولو تجاهلنا التورية في المقام وقلنا بأنها لا تتفق مع طبيعة الاستعمال في الغالب فلو أوقع

---

(١) المكاسب مبحث شروط المتعاقدين، وقد فرق بين الاضطرار والإكراه، بأن الاضطرار لا يكون من فعل الغير كالجوع والعطش والمرض ونحو ذلك، والإكراه يكون من الغير، وهو بالنسبة إلى المحرمات بمعنى الجير والالجاء، وبالنسبة إلى العقود والمعاملات يكفي فيه توعد الضرر الموجب لعدم الرضا وعدم طيب النفس بالمعاملة.

البيع أو الطلاق قاصداً لمعناهما بدافع الإكراه لا يكون العاقد طيب النفس ومختاراً في تلك المعاملة، أما بالنسبة إلى الوسائل الأخرى التي يتمكن بسببها من دفع ضرر المكره، فلو تيسر له التخلص من الضرر بعمل أو بشخص يدافع عنه، ومع ذلك أوقع العقد، فالعرف لا يراه مكرهاً في هذه الحالة(1).

ومهما كان الحال فمن أمثلة الإكراه ما لو أكره إنسان شخصاً على إيجاد عقد من غير أن يعين له نوع العقد، بأن يكون محل الإكراه عنواناً جامعاً لأكثر من فرد واحد، وحينئذ فلو كان هذا العنوان موضوع الإكراه هو الموضوع للأثر الشرعي فكل واحد من أفراد هذا العنوان لو أتى به المكره للتخلص من الضرر يقع فاسداً من حيث انطباق العنوان على ذلك الفرد، أما لو كان الأثر الشرعي من مختصات فرد أو نوع من أنواع ذلك العنوان العام الذي تعلق به الإكراه، فلو اختار المكره إيجاد الفرد الذي يختص من بين تلك الأفراد بالأثر الشرعي لا يكون مكرهاً على إيجاده، لأن الإكراه قد تعلق بالعنوان العام الذي ينطبق عليه وعلى غيره، وكان باستطاعته إيجاد الفرد الآخر الذي لا أثر له، فإيجاده له والحالة هذه يكشف عن اختياره ورضاه بالمعاملة.

ومن أمثلة ذلك، ما لو أكره الزوج على الطلاق بالمعنى الأعم من كونه صحيحاً أو فاسداً، فطلقها طلاقاً صحيحاً، فيصح منه الطلاق، لأن الإكراه لم يتعلق بهذا الفرد الصحيح بخصوصه، ونظير ذلك ما لو كان لكل من فردي الجامع الذي تعلق به الإكراه أثر شرعي، وكان أحد الفردين واجباً عليه، كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، وكان طلاق واحدة معينة منهما واجباً عليه لعجزه عن الانفاق عليها أو لغير ذلك من الأسباب، فلو طلق الزوجة الثانية التي لا يجب عليه طلاقها يصح منه الطلاق لكونه مختاراً في ذلك.

ومن أمثلة ذلك ما لو أكرهه على بيع داره أو وفاء ديونه المستحقة عليه،

---

(1) انظر منية الطالب ١٨٠ و١٩٠.

فلو باع الدار في هذه الحالة يقع البيع صحيحاً نافذاً، لأن المكره كان متمكناً من التخلص من ضرر المكره بوفاء ما عليه من الديون المستحقة عليه، ولو تعلق الإكراه بأحد أمرين أو أمور، كما لو أكرهه على بيع داره أو فرسه أو بستانه بنحو يكون كل واحد من هذه الأفراد مطلوباً للمكره في ظرف عدم الآخر، ففي مثل ذلك أي فرد من هذه الأفراد أقدم المكره على بيعه يكون مشمولاً لأدلة الإكراه ولا ينفذ البيع بالنسبة إليه، لأن الإكراه قد تعلق بالأفراد بنحو الواجب التخييري، فالفرد الذي يختاره المكره هو الموضوع للإكراه[1].

وقد تعرض فقهاء الشيعة بمناسبة الحديث عن الإكراه المتعلق بالعقود إلى الإكراه المتعلق بالطلاق، وتتلخص الوجوه التي يمكن أن تنتج من الإكراه بالأمور التالية:

الأول: أن يكون الطلاق بذاته مبغوضاً للمطلق، ولكنه بالإكراه يصبح محبوباً له باعتبار أن ضرر الإقدام عليه أقل من الضرر الذي توعد به المكره، فيكون وقوعه من الزوج ترجيحاً لأقل الضررين، وفي مثل ذلك يقع الطلاق باطلاً كما تنص على ذلك الأدلة التي تعرضت لحكم الفعل الصادر بدافع التخلص من ضرر المكره.

الثاني: أن يكون الطلاق محبوباً للمطلق من حيث ذاته، فيكون الإكراه عليه مؤكداً رغبته في ايجاده، ولا إشكال في صحة الطلاق في هذه الحالة، لأن بطلان الفعل الصادر عن إكراه إنما هو من حيث إن الفعل مكروه للفاعل وغير مرغوب فيه، ويكون اختيار ايجاده ترجيحاً لأقل الضررين، ولا يتأتى جميع ذلك فيما لو كان الفعل محبوباً للفاعل كما هو المفروض.

الثالث: أن لا يكون الإكراه هو الدافع المستقل لإنشاء الطلاق، بل يكون الدافع متكوناً منه ومن رغبة المطلق في إنشائه على نحو تكون الدوافع

---

(١) انظر هذه الفروض في نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ١٩٥ و١٩٦، والمكاسب مسألة الإكراه على العقد.

النفسية المرجحة له لا تكفي بدون الإكراه لإيجاده، كما وأن الإكراه بمجرده لا يلزم الزوج بإنشاء الطلاق، وقد رجح بعضهم في هذه الصورة بطلان الطلاق لتعلق الإكراه به، ولأن الجهات المرجحة له عند المطلق لا تكفي وحدها لأن تبعث الزوج على إنشاء الطلاق، فالرغبة في إيجاده ليست بأقوى من الجهات المقتضية لمبغوضيته، فيكون إنشائه والحال هذه بدافع التخلص من ضرر المكره[1].

ثم إن الضرر الذي يتوعد به المكره، تارة يكون موجهاً على أحد المتعاقدين، وأخرى يتوجه على غيرهما كالزوجة والولد ونحوهما مما يهمه أمره، ومرة يكون متجهاً لاجنبي عن المتعاقدين، كما لو قال المكره لشخص طلق زوجتك أو بع سيارتك وإلّا قلت فلاناً، وقد يكون الضرر الذي توعده به المكره موجهاً إلى المكره نفسه، كما لو قال له بع دارك وإلا قتلت نفسي أو ولدي، أما الصورة الأولى والثانية، فيصدق فيهما الإكراه لأن إيجاد الفعل الذي تعلق به الإكراه لم يكن إلا بدافع التخلص من ضرر المكره، وفي غيرهما من الصور لا يؤثر الإكراه في العمل المكره عليه شيئاً، لأن الفعل لم يصدر عنه بدافع التخلص من الضرر، حيث إن قتل الأجنبي عن العاقد ليس ضرراً عليه ليتهرب منه بالعقد أو الطلاق.

ولا فرق في الضرر بين أن يكون دنيوياً كما لو توعده بأخذ ماله، أو دينياً كما لو توعده بمنعه عن الصلاة والصيام ونحوهما من الواجبات[2].

وكيف كان فالرأي الشائع بين المتآخرين من فقهاء الإمامية: أن المكره

---

(١) لا يبعد في هذه الصورة أن يصح منه الطلاق ولو تعلق به الإكراه، ذلك لأن الباعث على إيجاده يتألف من عنصرين خوف الضرر الذي توعد به المكره وموافقة الإكراه لما هو كامن في نفس المكره من حيث وجود بعض الجهات المقتضية لمحبوبيته، والإكراه ينحصر فيما يكون الداعي الفرار من الضرر الذي توعد به المكره.

(٢) انظر نهج الفقاهة ص ٢٠٠ و٢٠١.

لو رضي بالعقد بعد صدوره منه بدافع التخلص من الضرر وطابت نفسه به يصح العقد ويؤثر في النقل والانتقال.

ونص السيد محمد في الرياض، والشيخ يوسف البحراني في موسوعته الفقهية الحدائق: أن المتأخرين من الفقهاء متفقون على أن عقد المكره يصح ويلزم إذا لحقه الرضا وطابت نفس العاقدية، ذلك لأن العقد الصادر عن إكراه جامع لكل ما يشترط في العقد من الصيغة والقصد وغير ذلك من الشروط والأجزاء التي يتكون منها العقد، ولم يفقد سوى الرضا وطيب النفس، فإذا رضي به بغد ذلك يزول المانع عن صحته ويؤثر الأثر المطلوب منه.

وفي مقابل هذا الرأي نص جماعة من الفقهاء القدامى على أن عقد المكره بعد أن صدر منه فاقداً للرضا وبدافع التخلص من الضرر الذي توعده به المكره لا يؤثر فيه الرضا اللاحق، لأن الأدلة العامة المشرعة للعقود تدل على مشروعيتها إذا اقترنت برضا المتعاقدين، إما بنحو سابق على العقد أو مقارن له كما يظهر ذلك من الآية الكريمة.

ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض، هذا بالإضافة إلى حديث الرفع الذي يدل بمقتضى إطلاقه على رفع جميع الآثار الثابتة للعقد إذا صدر عن إكراه، على أن عقد المكره بعد أن كان الإكراه موجباً لسلبه الآثار الثابتة له، يصبح كعقد الهازل والصبي ونحوهما، ومن الثابت أن الرضا المتأخر لا يسترجع به العقد حياته بعد موته كما نص على ذلك جميع الفقهاء.

وقد اعتمد أنصار القول بكفاية الرضا المتأخر في صحة العقد وتأثيره على أن الآية الكريمة التي اعتبرت الرضا وطيب النفس من الشرائط الأساسية في العقود، لا يستفاد منها أكثر من إقراره مبدأ الرضا في الإتجار الذي تستباح به الأموال، وليس في الآية ما يدل على أن الرضا لا بد وأن يكون سابقاً أو مقارناً للتجارة بنحو لا يكفي لو كان لاحقاً لها، ولو افترضنا أن التراضي في الآية أخذ بنحو الصفة للتجارة لو افترضنا ذلك لا ينتج منها عدم حلية أكل

المـال إذا لـم تكن التجارة متصفـة بهذه الصفـة كمـا يحـاول بعضهم أن يثبت عدم كفاية الرضا اللاحق من هذه الناحية، وذلك لأن القضيـة الموصـوفة إنمـا يستفاد منها انتفاء الحكم عن الموضوع الفاقد للصفة بشرطين:

الأول: أن يكون الوصف وحده علة لثبوت الحكم.

الثاني: أن لا يكون ذكر الوصف في القضية من جهة أنـه من الأوصاف التي تلازم أفرادها في الغالب، ومن الجائز القريب أن يكون الوصف في الآية لو اعتبرنا الرضا وصفاً للتجارة منزلاً على الغـالب لا لخصوصيـة فيه، كمـا هو الحال في آية تحـريم الربـائب، قال سبحـانه وتعالى: ﴿**وربائبكم الـلائي في حجوركم من نساءكم اللاتي دخلتم بهن**﴾.

وعليه فلا يكون اشتراط الرضا ولو كان وصفاً مقارنـاً مقتضياً لعـدم حلية المال بالرضا المتأخر. أما حديث الـرفع الـذي استدل بـه أنصار القـول بعدم كفاية الـرضا الـلاحق، هذا الحـديث لا ينفع القـائلين بذلـك، لأن المرفـوع بـالحديث المـذكور هـو الشيء الثابت على المكـره لولا الإكـراه، أما الشيء الثابت له فلا يرتفع بالحـديث الشريف، والـرضا بـالعقد حق لـه لا عليه هـذا بـالإضافـة إلى أن المستفاد من حـديث الرفـع أن الحكم الثابت للفعـل لـولا الإكراه مرفوع بسبب الإكراه، وهذا المعنى موجـود حتى لو بنينـا على الاكتفاء بالرضا اللاحق، لأن أثر العقد لـولا الإكراه نقـل الملكية من كـل من الطرفين إلى الآخـر، هذا الأثـر مرفـوع بحديث الـرفع، والاكتفـاء بالـرضا الـلاحق لا يتنافى مع هذه النتيجة، حيث إن الاكتفاء بالرضا المتأخر يرجع في واقع الأمر إلى أن العقد جزء السبب الناقل والجـزء الآخر هـو الرضـا اللاحق لـه، وكون العقـد جزء السبب النـاقل إنمـا حصل بـواسطة الإكـراه، فلا يمكن أن يكـون الإكراه رافعاً له. على أن الاعتماد على حـديث الرفـع لإبطال مفعـول الرضـا الـلاحق وعدم الاكتفـاء به، يتنـافى مع الغـايـة التي من أجلهـا ألغى الشـارع العقود والأفعال التي توجد نتيجة للإكـراه والاضطرار، فـإن إلغاء هـذه الأفعال

للتسهيل والتوسعة على العباد، وعدم الاكتفاء بالرضا اللاحق اعتماداً على الحديث مخالف للغاية نفسها وموجب للتضييق على المكره الراضي بمضمون العقد.

ومن مجموع ذلك تبين أن الأدلة التي تدل على عدم تأثير العقد الصادر عن إكراه لا تدل على عدم تأثير الرضا اللاحق وكفايته في ترتيب الآثار المقصودة للمتعاقدين، فيتعين الرجوع إلى الأدلة العامة التي منها قوله تعالى، أوفوا بالعقود، وأحل الله البيع، ونحوهما الدالة بإطلاقها على نفوذ العقد بعد أن يستكمل جميع مقوماته وشرائطه من جملتها الرضا وطيب النفس[١].

ثم إنه بناء على أن العقد يصح بالرضا اللاحق، فهل يصح العقد من حين صدوره وتترتب عليه آثاره، بمعنى أن الرضا اللاحق يكشف عن صحته من أول الأمر؟ أو يصح من حين الرضا وطيب النفس بالعقد؟ فمن نظر إلى ناحية الرضا باعتبار أنه عبارة عن الموافقة على وقوع مضمون العقد خارجاً فإذا قام الدليل على الاكتفاء بالرضا اللاحق تعين أن يكون المراد منه إعادة الحياة إلى العقد واعتباره مؤثراً من حين صدوره، ومن نظر إلى الرضا كشرط من شروط العقد وأن العقد بدونه لا يؤثر التمليك اعتبر الرضا المتأخر كالقبض في بيع الصرف والسلم والهبة، فكما أن التمليك في هذه العقود لا يحصل إلا بعد القبض فيها المتأخر عن العقد، فكذلك الرضا المتأخر فإنه لا يؤثر في التمليك إلا من حين صدوره، فهو نظير الفسخ بالخيار الموجب لإنحلال العقد من حين صدوره[٢].

---

(١) ورجع في الجواهر عدم الاكتفاء بالرضا اللاحق، لأن الإكراه موجب لخلو العقد عن القصد فيصبح كعقد الهازل والمجنون وغيرهما من العقود التي ألغاها الشارع.

(٢) لا يخفى أن تشبيه الرضا المتأخر بالقبض في العقود الثلاثة وبفسخ العقو الخيارية، هذا التشبيه لا مبرر له ذلك لأن القبض في العقود الثلاثة بوجوده المتأخر عن العقد من أركان العقد المملك، فالعقد في باب الصرف والسلم والهبة لا يتم بدونه، وعند حصوله يتم العقد بجميع أركانه ومقوماته فتترتب عليه آثاره، أما الفسخ في مورد ثبوت الخيار

وبعد أن انتهينا إلى هذا الحد من أحكام الإكراه بقي علينا أن نشير إلى أحكامه ولو إشارة موجزة في المذاهب الإسلامية الأربعة جرياً على المخطط الذي اتبعناه في هذا الكتاب.

* * *

فمرجعه إلى عدم استمرار أثر العقد وانقطاعه من حين اختيار صاحب الخيار لفسخ العقد، وتسميته فسخاً للعقد باعتبار أن العقد إذا ارتفعت آثاره يكون كالعدم من أساسه، فقياس الرضا المتأخر بهذه الأمور من أسوأ أنواع القياس.

الإكراه والمذاهب الأربعة

لقد جاء في تعريفه كما في المبسوط للسرخسي والبدائع وغيرهما: أنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا ويفسد فيه الاختيار، من غير أن تنعدم به الأهلية عن المكره أو يسقط عنه الخطاب، وهو قسمان، تام وناقص، فالإكراه التام هو أن يجد الإنسان نفسه مضطراً لفعل ما أكره عليه فراراً من القتل أو قطع بعض الأعضاء.

والإكراه الناقص، هو التهديد بالحبس أو الضرب أو منعه عن العمل ونحو ذلك مما لا يبلغ حدود القتل أو التشويه بقطع بعض الأعضاء، ولا بد من كون المكره قادراً على فعل ما هدد وتوعد به سواء كان صاحب نفوذ وسلطان أو لم يكن[1].

ويدعي الأحناف أن الإكراه الملجىء يزيل الاختيار والرضا معاً، وغيره لا يزيل سوى الرضا ويبقى للمكره اختياره في الفعل، وذلك لأن المكره قد توعده بالأذى في نفسه وماله إن لم يباشر ما أمره به، وهو في هذه الحالة لا يخرج عن كونه مختاراً وقادراً على أن يفعل دفعاً لضرر المكره وعلى أن يترك

---

(١) كما رجح ذلك الصاحبان أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني، في حين أن أستاذهما أبا حنيفة يرى أن الإكراه لا يكون إلا من السلطان، لأنه إن أراد مكروهاً بأحد لا يستطيع أحد دفعه.

يتحمل الضرر الموعود به.

ومجمل رأي الأحناف في المقام: أن الاختيار من العناصر الأولية في العقود، فإذا وجد الاختيار مع غيره من الأركان يتم العقد، وليس للرضا وطيب النفس تلك المزية التي هي للاختيار، ذلك لأنه ليس من شرائط العقد، وإنما هو من شرائط صحته فيتم العقد بدونه ويقع فاسداً، فإذا كان أحد العاقدين مكرهاً وغير طيب النفس بالعقد يتم العقد، لوجود جميع أركانه التي من جملتها الاختيار، والمفقود ليس إلا الرضا وهو من شروط الصحة لا من شروط العقد[1].

وقال الشافعي: إن الاختيار والرضا متلازمان فإذا ذهب أحدهما بالإكراه يذهب معه الآخر، ذلك لأن المكره لا يمكن أن يكون مختاراً في الفعل المكره عليه وإذا فعله تهرباً من الضرر الموعود به فذاك لأنه أخف الضررين وأقلهما خطراً عليه، ولازم ذلك بطلان عقد المكره لأنه يفقد الاختيار حيث أن المنشىء للعقد لم يقصد المبادلة والتمليك وإنما قصد دفع الأذى والضرر عن نفسه.

واستدل الشوافع على ذلك بقول الرسول (ص): رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، ولم يفرقوا في ذلك بين البيع والنكاح وغيرهما.

وبعد أن بنى الأحناف على أن الإكراه يوجب سلب الاختيار فرقوا بين النكاح والطلاق والعتق وبين العقود الأخرى التي يمكن أن لا تترتب عليها آثارها بمجرد صدورها كالبيع والإجارة ونحوهما، فالنوع الأول من العقود والايقاعات لا تفسد بالإكراه ولا يمنع من صحتها عدم الرضا من المتعاقدين ما داما مختارين في الإنشاء، لأن أحكامها وآثارها لا تنفصل عن صيغة

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة ص ١٩٢، وقد أورد وحيد الدين سوار من نصوص الفقه الحنفي ما يؤكد أن الرضا ليس عنصراً أساسياً في تكوين العقود وأنه من شرائط الصحة ص ٤٤٧.

العقد، على أن الرضا ليس شرطاً في صحة النكاح والطلاق، فإن الرجل قد يتزوج من ابنة عمه مثلاً غير راض بها خضوعاً لتقاليد أسرته أو لسبب آخر، كما قد يطلق الرجل زوجته وهو سعيد بعشرتها، ولكنه يفعل ذلك لرقة دينها أو لانحراف أخلاقها فيصح منه الزواج والطلاق مع عدم رضاه بهما.

أما العقود الأخرى كالبيع والإجارة وغيرهما مما يقع منجزاً وغير منجز فلا تقع صحيحة مع الإكراه عند الفقهاء جميعاً لقوله تعالى:

﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

ومع أن الشوافع والأحناف متفقون على أن عقود المعاوضات لا تصح مع الإكراه يبدو أنهم يختلفون في حكمها من حيث صحتها بالرضا المتأخر، فالشوافع يدعون بأنه لو زال الإكراه ورضي المتعاقدان بالمعاملة تبقى على حكمها ولا ينفعها زوال الإكراه، بينما يدعي أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن أن العقد يصح منهما بالرضا اللاحق وتترتب على العقد آثاره[١].

ونص الأستاذ الشيخ علي الخفيف: على أن الأحناف يكتفون بالرضا اللاحق في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والرهن والكفالة وغيرها، وفي غير هذا النوع من المعاوضات كالنكاح والطلاق والعتق واليمين والرجعة فإن الإكراه لا يغير من طبيعتها شيئاً وتترتب آثارها بمجرد النطق بها اعتماداً على الحديث الذي ينص على أن هذه الأمور يستوي فيها الجد والهزل[٢].

ومن مجموع ذلك تبين أن أحكام الاكراه لا تتعدى المعاوضات المالية، ويتفق الأحناف مع غيرهم بالنسبة للنكاح وغيره من الايقاعات إذا استثنينا الشوافع الذين لم يفرقوا بين النكاح وغيره من العقود، وفيما عدا ذلك

---

(١) انظر الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٨ و٣٩٩ و٤٠٠ و٤٠١.

(٢) انظر أحكام المعاملات الشرعية ص ٧٧ و٧٨ و٧٩.

فقد تفرد الأحناف في الاكتفاء بالرضا المتأخر، بينما المذاهب الأخرى وقفت موقفاً سلبياً من هذه الناحية واعتبرت الإكراه موجباً لسلب الاختيار، وأن المكره لم يقصد، بانشائه الإفصاح عما في نفسه، بل قصد الصيغة باعتبارها حركة لسانية تنجيه من الأذى المحدق به فهي من هذه الناحية أشبه بعبارة الناسي والمخطىء حيث إنهما لم يقصدا من كلامهما شيئاً.

ومع هذا التصلب بالنسبة إلى المكره أو إلحاقه بالناسي والخاطىء نراهم بالنسبة إلى الهازل على العكس من ذلك، فيصححون عقوده وجميع تصرفاته، لأنه على حد زعمهم قد أنشأ اللفظ عن قصد واختيار، ومجرد ذلك يكفي لترتيب الآثار، وبما أنه قاصد مختار فهو لا يملك تجريد الصيغة عن آثارها التي تلازم وجودها[1].

ويبدو من ذلك أن الجعفريين يتفقون مع غيرهم في تحديد شروط الإكراه كما ذكرها الأستاذ الخفيف في كتابه أحكام المعاملات، ويختلفون معهم بالنسبة إلى التفصيل بين المعاوضات المالية وغيرها كالنكاح والطلاق والعتق واليمين والرجعة، فأحكام الإكراه تعم الجميع من غير فرق بين نوع وآخر، كما يلتقي الأحناف مع الرأي المشهور الشائع بين فقهاء الشيعة من حيث الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد كما ذكرنا.

وإذا لاحظنا آراء المدنيين في هذه المسألة نراهم في الغالب لا يتخطون آراء الإسلاميين وبخاصة الجعفريين.

قال الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد: إن الإكراه ضغط مادي أو أدبي يقع على شخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد، وإذا كان الضغط مادياً وبلغ حداً من القوة لا سبيل إلى دفعه فإنه يعطل الإرادة تعطيلاً كاملاً ويجعل الرضا معدوماً والعقد باطلاً[2] وليس هذا هو الإكراه الذي يعتبر

---

(١) المصدر السابق ص ٢٢٧.

(٢) لقد ذكرنا أن هذا النوع من الإكراه هو الالجاء، وهو من مصاديق الاضطرار عند =

عيباً من عيوب الإرادة، وإنما المقصود فيه الإكراه الذي يدع للمكـره شيئاً من الحـرية ليختـار بين ضرر يهـدده وبين إبرام العقـد المقترح عليـه، فـإذا كـان الخوف من الضرر الذي يهدده يحمله على تفضيل إبرام العقد تفادياً لحدوث ذلك الضرر، أمكن القول بأن إرادته اتجهت فعلاً إلى إبـرام العقد ولكنهـا لم تكن حرة كل الحرية في هذا الاتجاه، بل كانت مضـطرة إلى سلوكه بـاعتباره أخف الضـررين، ولذلـك يعتبر المشـرع الإكراه الـذي دفـع الإرادة في هـذا الاتجـاه عيباً يشـوبها ويسمـح بألا يتـرتب عليها مثـل الأثر الـذي يترتب على الإرادة الحـرة السليمة، فيجعـل عقد المكـره قـابـلاً لـلابـطال[1] وقـد نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني الجـديد على تحـديد معنى الإكـراه وحكمه، وجاء فيها يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس.

فلا بد وأن يحدث تهديد الآمر رهبـة في نفس العاقـد، وأن تكون تلك الـرهبة بـلا حق، أما لـو كان الحق عليـه كوفـاء دين مستحق أو إطعام عيـالـه وأمثال ذلك فلا يتحقق الإكراه. ولا بد وأن يكون الخـوف الحاصـل في نفس العاقد على نفسه أو ماله أو من يهمه أمـره له منشـأ صحيح، فلو كـان وهماً لا يستند على أساس صحيـح لا يبطل العقـد. ولا فرق في وسـائل الضغط على المكره الموجبة لحصول الخوف بين أن تكون واقعة على المكره نفسه كما لـو تهدده بالضرب أو القتل والإيذاء، وبين أن تقع على شخص عزيز عليـه كأبيـه وأمه وولده وغير ذلك ممن يهمه أمره[2].

الجعفريين ولا يدخل في موضوع الإكراه المبحوث عنه في هذه المسألة، وهو من جملة العناوين التي وردت في حديث الرفع.

(١) لقد ذكرنا في تحديد معنى الإكراه عنـد الجعفريين. أن ارتكـاب الفعل المكـره عليه من حيث إن الإقـدام عليه أخف من ضـرر المكره وأقـل خطراً منـه لا من حيث أن العـاقـد مختار في إقدامه عليه.

(٢) لقد ذكرنا سابقاً. أنه لا فرق في الإكراه بين أن يكون الضرر وارداً على العاقد أو على من =

أما الضغط الحاصل من الأب على ولده ومن الزوج على زوجته ومن الأستاذ على تلميذه بنحو يكون الدافع على العقد مجرد الاحترام والتعظيم من غير أن يكون هناك ضرر مترتب الوقوع على تقدير المخالفة، هذا النوع من الضغط لا يحقق الإكراه الموجب لبطلان العقد كما نصت على ذلك المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي(١).

والمهم أن يكون الضغط مهماً كان مصدره موجباً لحصول الخوف والاضطراب في نفس العاقد، بحيث يدفعه ذلك الخوف إلى العقد تهرباً من الضرر الأقوى، وكما ذكرنا لا بد وأن يكون للخوف مصدر صحيح، كما لو صدر من الحاكم، أو ممن هو أقوى من العاقد، ودلت ظروف الحال أن الضرر سيلحقه إذا لم ينفذ ما أكره عليه.

وجاء في المادة ١٢٧ في تحديد معنى الرهبة الباعثة على إجراء العقد: بأنها هي التي تقوم في ذهن العاقد نتيجة اعتقاده المستفاد من ظروف الحال أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال سواء كان حالاً أو مستقبلاً، على شرط أن يكون التعاقد الواقع من المكره واقعاً بدافع الخوف من ذلك الضرر، ويجب بالإضافة إلى ما تقدم أن يكون الضغط الذي بعث في نفس العاقد الخوف غير مستند إلى حق للمكره.

أما لو كان الإكراه على البيع لوفاء الدين المستحق، أو للإنفاق على من تجب نفقته عليه فلا يكون الإكراه موجباً لإبطال العقد، ذلك لأن البيع وقع

يهمه أمره كزوجته وولده ونحوهما، وإذا كان على أجنبي عنه، كما لو قال له بع دارك وإلا قتلت فلاناً فلا إكراه في مثل ذلك، انظر نهج الفقاهة ص ٢٠٠ و٢٠١ ووسيلة النجاة للسد أبو الحسن كتاب الغصب.

(١) جاء في النص الفقهي الجعفري: لا بد في حدث الإكراه من توعد الأمر بالضرر على ترك الفعل بنحو يحصل منه الخوف فيختار إنشاء العقد باعتبار أن ضرره أقل من الضرر الذي توعد به الآمر.

منه مقدمة لأداء واجب لا يمكنه أداؤه إلا بالبيع، ولو قلنا بفساد هـذا النوع من العقود لزمنا أن نقول بفساد أكثر المعاملات[1].

ومن شـروط الإكراه في الفقـه المدني أن يكـون الخوف من الضـرر هو البـاعث على إجراء العقـد، فلو خاف البـائع من ضـرر المكـره، ولكن البيـع بذاته كان محبوباً له، أو كان له مصلحـة في التعاقـد تكفي بذاتهـا لأن تدفعـه إلى البيـع لا يؤثـر الإكـراه في المعـاملة وقـد نصت، المـادة ١٢٧ على هـذا الشرط، وجاء فيها إذا تعاقد اثنان تحت سلطان رهبة بعثها في نفسه[2].

وقد ذكرنا ما يتلاءم مع هذه الشروط من نصوص الفقه الجعفري، وجاء فيها: أن الفعل المكره عليه لا بـد وأن يكون مبغـوضاً بـذاته للمكـره، أما إذا كان محبوباً له وتعلق به الإكراه، فلا يكون الإكراه والحالة هذه موجباً لإبـطال العقد، وكذلك لو كان له مصلحة لإيجاده بالإضافة إلى الإكراه عليـه، أو كان الدافع على إيجاده مشتركاً بين الإكراه ومصلحة العاقد على نحو لا يكـون كل واحد منهما بانفراده كافياً لأن يبعثه على التعاقد[3].

ولـو لم يكن الإكراه من أحـد المتعـاقـدين أو من الغيـر، بـل كـان من ظروف تهيأت بنحو الصدفة لا يد لأحد فيها، ولكن أحد المتعاقدين قد استغلها لمصلحته مما حمل من وقع تحت تأثير هـذه الظروف على التعـاقد تهـرباً من الضرر، كما لو وقع شخص في خـطر الغرق، فتقـدم شخص لانقاذه بعـد أن حصل منه على تعهد بمبلغ كبير من المال في مقابـل إنقاذه، وكمـا لو استغـل طبيب جـراح مريضـاً واقعاً تحت خـطر الموت فـاستأجـره على إجراء عمليـة جراحية بمبلغ من المال لا يعطى على مثلها عادة، وكما لو كـان على شخص مـال مستحق لا سبيل لـه إلى وفائـه إلا ببيع داره، ولم يـوجد مشتـري لها إلا

(١) انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٥٩ إلى ص ٢٦٩.
(٢) المصدر السابق.
(٣) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٢٠٠ و٢٠١.

بنصف ثمنها، فاستغل شخص آخر حاجة صاحب الدار لوفاء دينه وعدم وجود مشتري لها، فاشتراها بنصف ثمنها، ففي هذه الأمثلة ونظائرها لم يتوجه الإكراه من الغير ولا من أحد المتعاقدين، ولكن الظروف المفاجئة الضاغطة قد تهيأت من باب الصدفة فاضطرته إلى التعاقد ليتخلص مما هو فيه من الضغط إلى بيع داره واستئجار الطبيب ونحو ذلك، هذه الظروف المفاجئة مهما بلغت لا توجب بطلان العقود الواقعة بسببها، لأن بطلان عقد المكره إما لأنه قد أكره عليه بنحو يصبح مضطراً إليه ليتخلص من الضرر المحدق به، أو لأن الإكراه ينتج منه عدم الرضا بالمعاملة كما ذكرنا ولا شيء منهما في المقام، لأن هذا النحو من العقود المفترضة لم تصدر من العاقد إلا بداع الحاجة الملحة إلى صدورها ولم تفقد الرضا وطيب النفس، وكل ما في الأمر أن الرضا بالنسبة إليها ليس ذاتياً، ولا يشترط في صحة المعاملة أكثر من الرضا بها ولو كان عرضياً، ولذلك لم يتردد أحد من الفقهاء بصحة العقد فيما لو اضطرته الظروف إليه لوفاء ديونه أو للانفاق ونحو ذلك ولو كان بأقل من الثمن(١).

وقال الدكتور السنهوري في الوسيط: وقد ذهبت النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز بين هذا الفرض، والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير، فإن الإكراه من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى يتزعزع منه الرضا، ومن ثم يؤثر في صحة العقد، أما الفرض الذي نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة، ولم يكن الفرض منها الضغط على إرادة المتعاقدين، ولم يفعل المتعاقد الآخر شيئاً إلا أنه استغلها عند تعاقده، وقد اعتبرت المادة ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي في الإكراه أن يكون منتزعاً للرضا، لذلك فإن هذا النوع من الإكراه الذي تهيأت ظروفه صدفة لا يؤثر على صحة العقد، وبعد أن أورد هذه التفرقة عن القانون

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري شروط المتعاقدية ونهج الفقاهة للسيد الحكيم وغيرهما من مجاميع الفقه الشيعي.

المدني الفرنسي رجح تحقق الإكراه في جميع هذه الفروض من غير فرق بين الإكراه الصادر من الغير وبين هذا النوع من الإكراه، لأن إرادة المتعاقدين لم تكن حرة في المقام ولم تصدر إلا تحت تأثير الضغط، ولا فرق بين أن يكون مصدر الضغط أحد المتعاقدين أو شخص غيرهما أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها[1].

* * *

(١) انظر الوسيط ص ٣٥٢ و٣٥٣.

الفضولية في العقود

ونعني بهذا النوع من العقود، أن يتصرف الإنسان في ملك غيره بـالبيع أو الشراء أو بغيرهما من أنحاء التصرفات من غير أن يكون مـأذوناً أو وكيـلاً أو ولياً عن المالك في شيء من تلك التصرفات، فيكون والحالة هذه فضولياً في تصرفاته في هذه الحالة، ومن أمثلته ما لـو زوجت الباكـرة الرشيـدة نفسها من شخص من غيـر أن يأذن لهـا الولي بـذلك بنـاء على أن إذن الولي شـرط في صحـة العقد، أو زوجهـا شخص من آخر بـدون إذنها، وكمـا لو بـاع الراهن العين المرهونة والسفيه المال الذي بيده والأجير العين المستأجرة ونحو ذلك، ويكون العاقد فضولياً حتى ولو علم برضا المالك بالبيع مـا لم يكن مأذونـاً في إجراء العقد.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: وكيف كان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالـك بالتصـرف باطنـاً وطابت نفســه بالعقـد من دون حصول إذن منـه صريحاً أو فحوى، لأن العاقـد لا يصير مـالكاً للتصـرف ومسلطاً عليه بمجـرد علمه برضا المالك، ويؤيده اشتـراطهم في لزوم العقـد كون العـاقد مـالكاً أو مأذوناً أو وليـاً، وأضاف إلى ذلـك: أن الفقهاء استـدلوا على صحـة الفضولي بحديث عروة البارقي[1]، مع أن ظـاهر الحـال يدل على أنـه كان يعلم بـرضا

---

(١) فلقد جاء فيها أن النبي (ص) دفع له ديناراً ليشتري به شـاة للأضحيـة فذهب واشتـرى به =

النبي (ص) في هـذه المعاملة، ولكنـه رجع أخيـراً ورجح خـروج مـا لـو علم العاقد برضا المالك عن الفضولي، سواء علم بذلك حين العقد أو انكشف له بعد ذلك ولا يتوقف لزومه على الاجازة من المالك، لأن أدلـة الوفـاء بالعقـود وحليـة الأموال بـالتجارة شـاملة لهذا الفـرض وأضاف يقـول: ولو تـوسعنا في الفضولي لكل عاقد يتصرف في أموال الغير ولو كان عالماً برضا المالـك حين العقد، لو توسعنا وسمينا العقود الصادرة من غير المالك فضولية في مثـل هذه الحـالات يتعين الاكتفاء بـالرضـا المقارن أو الحـاصل بعـده عن الإجـازة من المالك[1].

ثم إن الفضولي تارة ينشأ العقد نيابة عن المـالك، وأخـرى ينشأ العقـد لنفسه، وفي الصورة الأولى مرة يكون مسبوقاً بمنع المالك، وأخرى لا يكـون العاقد مسبوقاً بعدم رضا المالك وهذا الفرض من أظهـر المصاديق المبحـوث عنهـا في هذه المسـألة، والـرأي الفقهي الشائـع بين الفقهـاء الجعفـريين هـو صحة العقد إذا لـم يكن مسبوقاً بنهي المـالك عنـه، ونص العلامـة الحلي في التذكرة على اتفاق علماء الـطائفة عليـه، وحجتهم في ذلك أن هـذا النوع من العقود لـم يفقد إلا الإذن من المـالك في المعـاملة، وليس في أدلة العقـود ما يشيـر إلى أن الإذن السابق على العقـد شرط في صحتـه، ولا يستفاد من تلك الأدلة أكثر من اعتبار الإذن إذا لـم يكن العاقد مالكاً، فإذا أجـاز المالـك العقد ورضي به بعد صدوره من الفضولي يتم العقد بجميع مقوماته وشروطه.

وجـاء في نهج الفقـاهة: أن المـراد من قولـه تعالى: أوفـوا بالعقـود هو وجوب الوفاء على كل عاقد بعقده باعتبار أنه قد التزم به، والالتزام المصحـح لنسبة العقد إلى المالك كما يحصل بـالإذن لغيره في إنشـائه كـذلك يحصـل

شاتين باع أحدهما بـدينار وأبقى واحـدة جاء بهـا مع الـدينار إلى النبي (ص) فقـال له: بارك الله لك في صفقة يمينك، مـع العلم بأنـه لم يكن مأذونـاً في شراء شـاتين ولا بيع الشاة بعد أن اشتراهما وقد أقر النبي منه هذا التصرف.

(١) انظر شرائط المتعاقدين مبحث الفضولي من المكاسب.

بإجازته له بعد قيام الغير بإنشائه، ذلك لأن نسبة العقد إلى المالك لا تتوقف على صدوره منه، لأن عقد الوكيل والمأذون تصح نسبتهما إلى الموكل والآذن مع أنهما لم يصدرا منهما، فيتعين كفاية الالتزام في جواز نسبة العقد إلى المالك، والالتزام كما يحصل بإنشاء العقد مباشرة يحصل أيضاً بالإذن بإجراء العقد وبالإجازة والرضا المتأخرين عنه[1].

ومن جملة الأدلة على صحة الفضولي ما جاء في الحديث: أن النبي (ص) دفعه إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة للأضحية، فاشترى به البارقي شاتين وباع أحدهما بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى النبي (ص) فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك.

فإن البيع الصادر عن عروة للشاة لم يكن مأذوناً به ولو كان الفضولي فاسداً لم يملك المشتري الشاة ولا البائع للدينار، مع أن النبي (ص) بارك هذا العقد وأقر عروة على معاملته.

على أن فريقاً من الفقهاء يرى أن التصرف الحاصل من عروة البارقي كما جاء في الحديث الحاكي له خروج عن حدود الفضولية المبحوث عنها في هذه المسألة، ذلك لأن عروة قد استلم الثمن وسلم الشاة إلى المشتري، وليس للفضولي حق التصرف في المبيع وثمنه، حتى ولو بنينا على صحة العقد الصادر منه، فلا بد والحالة هذه من أحد أمرين، أما خروج هذا النوع من المعاملات المقرونة برضا المالك عن الفضولية والاكتفاء بالرضا الباطني عن الإذن الصريحة في مقام التصرف بمال الغير بيعاً وشراء وغير ذلك.

وأما بأن يكون التسليم الصادر من عروة إلى المشتري مصدره علمه برضا النبي (ص) واستلامه للثمن كان بنحو الأمانة باعتبار أن المشتري كان يعلم بأن البائع غير مالك ولا مأذون في مثل هذا التصرف فيكون العقد فضولياً في مثل ذلك، ويصح اعتبار الحديث الحاكي لفعل عروة وإقرار

---

(١) انظر نهج الفقاهة للسد الحكيم.

النبي (ص) له دليلاً على صحة الفضولي، ولكن ليس في الحديث المذكور ما يرجح إرادة هذا المعنى منها[1].

ومن أدلة الفضولي ما جاء عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر (ع): أن علياً (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فقال وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال علي (ع): الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال (ع) خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فلما رآه أبوه قال: ارسل ابني. قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه.

ومجمل المعنى المتحصل منها، هو أن الإمام (ع) أشار على المشتري أن يأخذ ابن المالك في مقابل ولده حينما رفض إمضاء البيع الصادر من ولده، وكان من نتيجة ذلك أن المالك حينما رآه مصراً على أن يأخذ ابنه عوضاً عن ولده، أجاز البيع وتم للمشتري ملك الجارية بالعقد الصادر فضولاً وبالإجازة من المالك، وهذه الرواية أصرح على صحة الفضولي من رواية عروة السابقة، ولكن الشيء الذي دعا جماعة من الفقهاء للتشكيك في دلالتها على صحة الفضولي، هو أن القائلين بأن العقد الواقع من غير المالك يصح وينفذ بإجازة المالك إنما يقولون بذلك إذا لم يرفض المالك العقد أولاً، أما إذا رفض العقد فلا تنفع الإجازة بعد ذلك، والذي يستفاد من هذا الحديث أن المالك لم يوافق على العقد الصادر من ولده ووقف مع المشتري موقف الخصومة، ولولا أن المشتري قد حاول أن يحبس له ولده لما أجاز البيع[2].

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري ومنية الطالب للخونساري.

(٢) انظر الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي مبحث الفضولي من كتاب المتاجر، والذين اعتمدوا على الحديث واعتبروه من أدلة الفضولي لم يغفلوا عن أن الإجازة بعد الرد لا تنفع لتصحيحه ولكنهم يدعون أن موقف المالك من المشتري ليس صريحاً في رد البيع وعدم الموافقة عليه، فامضائه بعد ذلك دليل على أنه كان متردداً في الرد أو الالتزام.

واستدل أنصار الفضولي بالإضافة إلى ما ذكرناه ببعض النصوص التي تدل على صحة النكاح الواقع فضولاً عن أحد الزوجين أو وليهما، ومن ذلك ما جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع) قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن من سيده: فقال (ع) ذاك إلى سيده إن شاء أجازه وإن شاء فرق بينهما، قلت أصلحك الله: إن الحكم بن عينيه وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد لا تحلله إجازة السيد فقال (ع): إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز فهو له جائز».

فقد وضع الإمام (ع) مبدأ عاماً مفاده أن معصية الله سبحانه لا يمكن لأي شخص أن يكفر عنها، وأما معصية العباد بعضهم لبعض فمن حيث إن مخالفة بعضهم لبعض فيما هو مشروع بذاته، هذه المعصية يمكن زوالها بإجازة صاحب الحق وموافقته على العقد، وما نحن فيه العقد الصادر من المملوك باعتبار أنه مشروع بذاته وليس فيه معصية إلا للمالك فلو أجازه ورضي به يكون صحيحاً ونافذاً، وإذا صح النكاح فضولياً بالإجازة من صاحب الحق تصح الفضولية في البيع وغيره من العقود بالأولوية لأن الشارع قد تشدد في النكاح واحتاط فيه أكثر من الأموال، هذا بالإضافة إلى أن السؤال وإن كان بالنسبة للنكاح الواقع من العبد بدون إذن من سيده، إلا أن الإمام عليه السلام في الجواب لم يقتصر على مورد السؤال بخصوصه، بل وضع أصلاً عاماً ينطبق على كل تصرف في حقوق الآخرين من غير فرق بين النكاح وغيره من العقود، لأن المقصود بقوله (ع) لم يعص الله وإنما عصى سيده، هو أن كل ما كان مشروعاً وليس معصية لله ولو كان فيه حق للغير يصح وينفذ إذا رضي صاحب الحق وأجاز ذلك التصرف، وبناء على ذلك يكون الحديث بعمومه دالاً على حكم بقية العقود، ولا نحتاج إلى الأولوية التي اعتمد عليها بعض الفقهاء في تسرية هذا الحكم من النكاح إلى غيره من العقود المالية.

وقد أضاف القائلون بصحة العقد الواقع فضولياً إلى هذه الأدلة بعض

النصوص التي تعرضت لحكم الإتجار بمال الصبي وعقود المضاربة كما يبدو ذلك للمتتبع في المجاميع الفقهية الجعفرية، ولا يعنينا أن نتعرض لكل ما قيل حول هذه المواضيع.

ومهما كان الحال فقد تبين مما ذكرنا أن القول الشائع المشهور بين الفقهاء هو الاكتفاء بالعقد بعد الإجازة من المالك اعتماداً على القواعد العامة وبعض النصوص الواردة في البيع والنكاح وغيرهما.

أما القائلون بالفساد فقد استدلوا بقوله سبحانه: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض، حيث إن الآية قد نصت على أن التجارة التي يحل فيها أكل الأموال هي التي تقترن برضا المتعاقدين، والتجارة بنحو الفضولية لم تقترن برضا المالك.

وأجاب القائلون بصحة عقد الفضولي إذا ألحقته الاجازة من المالك: بأن الآية لا تدل على أكثر من الرضا بالتجارة شرط لحلية أكل المال، والمفروض وجود هذا الشرط بعد إجازة المالك، على أن الخطاب بالآية لأصحاب الأموال، والتجارة الواقعة فضولاً إنما تنسب إلى مالك المبيع بعد الإجازة، وفي هذا الظرف تكون مقرونة بالرضا فتشملها الآية حتى ولو بنينا على أن المستفاد منها مقارنتها لهذا الشرط وهو الرضا.

ومن أدلتهم ما جاء عن النبي (ص) أنه قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك».

حيث إن النهي عنه لأجل أنه لا يقد على تسليمه للمشتري، والفضولي لا يقدر على تسليم المبيع وليس له هذا الحق حتى عند القائلين بصحة عقده إذا لحقته إجازة المالك.

وجاء عن الإمام الحسن العسكري (ع) أنه قال: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها أو بأمره أو برضا منه.

وروى محمد بن مسلم: أن رجلاً اشترى من امرأته بعض القطائع

فكتب إليها كتاباً قد قبضت المال ولم يقبضه، أيعطيها المال أم يمنعها؟ قال الإمام (ع) بل يمنعها أشد المنع: أنها باعت ما لم تملكه. وقد أجاب القائلون بصحة الفضولي عن هذه المرويات، بأن المنع عن بيع ما ليس ملكاً للبائع، وما ليس عنده متجه لصورة ما لو باع العاقد لنفسه كما هو الظاهر منها، فيكون النهي عن هذا النوع من البيع مرجعه إلى عدم تماميته للبائع، وهذا لا يمنع من وقوعه للبائع إذا جاز البيع الواقع على ماله.

والنص الذي رواه محمد بن مسلم عن الإمام (ع) لا يدل إلا على عدم جواز تسليمها الثمن، والقائلون بصحة الفضولي لا يعارضون في ذلك، ويلتزمون بأن المشتري ليس له أن يسلم الثمن إلى العاقد الفضولي إلا إذا أذن له المالك.

الصورة الثانية: أن يكون البيع من الفضولي مسبوقاً بمنع المالك، وقد نص جماعة من الفقهاء القائلين بصحة البيع في الصورة الأولى على بطلان العقد في هذه الصورة، واحتجوا لذلك بأن المنع السابق على العقد يبقى أثره مستمراً إلى ما بعد العقد، فلا تنفعه الإجازة من المالك.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: والمشهور أيضاً صحته، وحكي عن فخر الدين[1] أن بعض المجوزين للفضولي، قد اشترط أن لا يسبقه المنع من قبل المالك وأضاف إلى ذلك قوله: ويلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل البنوي، أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر، على أنه إن نكح بعد منع مولاه وكراهته له، ومن ذلك تبين أن القول بفساد العقد في هذه الصورة لا مدرك له إلا أن المنع السابق يبقى أثره مستمراً إلى ما بعد العقد، وعدم الرضا بالعقد ولو زمناً يسيراً بعده يكفي لبطلانه وعدم تأثير الإجازة المتأخرة فيه، ويؤيد ذلك أن المحقق علل فساد بيع الغاصب، بأن

(١) فخر الدين أحد فقهاء الإمامية.

الغصب قرينة على عدم الرضا بالعقد، والمنع السابق يبقى مستمراً ما لم يتبين من المالك خلافه.

ولكن أكثر الفقهاء لم يفرقوا بين هذه الصورة والصورة السابقة، ذلك لأن عدم الرضا المستصحب الى ما بعد العقد ليس رداً للعقد حتى لا تنفع فيه الإجازة، هذا بالإضافة إلى أن رواية محمد بن قيس المتقدمة قد نصت على صحة البيع بعد الإجازة المتأخرة مع العلم بأن المالك لم يرض بالبيع الصادر من ولده بدليل أنه قد وقف مع المشتري موقف الخصومة الكاشف عن عدم رضاه، ولولا أن المشتري أراد أن يحبس ولده لما أجاز البيع.

على أن النصوص التي تعرضت لحكم نكاح العبد، لقد نصت على أن معصية السيد لا تمنع من تأثير الاجازة، ويؤيد ذلك أن المكره إذا رضي بعد ذلك وأجازه يصح منه، مع أن العقد حين صدوره من المكره كان فاقداً للرضا إلى حين صدور الاجازة المتأخرة.

ومهما كان الحال فالمشهور بين الفقهاء عدم الفرق بين أن يكون العاقد مسبوقاً بمنع المالك عن العقود وبين عدمه، لأن العقد تام من جميع جهاته ما عدا إذن المالك ورضاه، فإذا رضي بعد ذلك يستوفي العقد جميع شروطه ولم يعد ما يمنع من تأثيره الأثر المقصود للمتعاقدين.

الصورة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وأكثر ما يكون ذلك في بيع الغاصب المتملك للمغصوب عدواناً، فإنه يبيع المال المغصوب بقصد تملك الثمن، والمشهور بين الفقهاء صحة البيع في هذه الحالة للمالك الواقعي إذا أجاز العقد، لأن العقد تام من جميع جهاته، ولم يفقد سوى رضا المالك، فإذا رضي به وأجاز البيع تشمله تلك الأدلة التي تنص على وجوب الوفاء بالعقود والعمل بما يقتضيه ذلك العقد ولا يمنع من ذلك قصد البائع أن يكون البيع لنفسه، لأن المبادلة المقصودة بالبيع تقتضي وضع كل من العوضين مكان الآخر ودخول الثمن في ملك من خرج المثمن عن ملكه، وقصد البائع جزءاً من المعاوضة لأنه لم يقصد ذلك إلا لأنه يرى نفسه مالكاً ولو ادعاء

فيكون المقصود في واقع الأمر البيع للمالك، هذا بالإضافة إلى أن صحيحة محمد بن قيس السابقة التي نصت على نفوذ العقد بالإجازة هذه الصحيحة موردها هذه الصورة كما يبدو ذلك بعد التأمل فيها، كما وأن بقية الأدلة والمؤيدات التي اعتمد عليها أنصار الفضولي في الصورتين السابقتين، بعينها تجري في هذه الصورة، وتنفرد هذه المسألة عن غيرها من مسائل الفضولية بأن الحملة ضدها أوسع انتشاراً وأكثر أنصاراً وقد تناولها خصوم الفضولية بالنقد من جهتين.

الأولى: أن البائع إذا قصد البيع لنفسه، هذا القصد منه لا يتفق مع المعاوضة الحقيقية لأن مقتضى المعاوضة أن يكون كل من العوضين قائماً مقام الآخر، فإذا كان المبيع ملكاً لغير البائع فمن اللازم أن يكون الثمن لمالك المبيع بمقتضى كونه عوضاً عقه، فإذا قصد البائع أن يكون الثمن له هذا القصد مع قصد المعاوضة الحقيقية متنافيان، لأن قصده أن يكون الثمن له يرجع إلى عدم كونه عوضاً عن المبيع، وقصد المعاوضة الحقيقية معناه أن الثمن قائم مقام البيع.

الجهة الثانية: إن الإجازة الصادرة من المالك إذا تعلقت بالعقد كما أوقعه العاقد، لزم أن يكون الثمن للعاقد الفضولي لا للمالك المحيز، وإن لم تتعلق بالعقد كما أنشأه العاقد بأن أجاز البيع لنفسه، لم تكن إجازة للعقد، فلا يكون العقد الواقع من الفضولي مجازاً.

والجواب عن الجهة الأولى: أن المنافات بين قصد البائع البيع لنفسه والمعاوضة الحقيقية إنما تلزم إذا لم يكن الغاصب بانياً على ملكية المغصوب ولو عدواناً وادعاء، حيث انه بناء على ذلك لا يتأتى منه قصد المعاوضة الحقيقية، أما لو كان الغاصب البائع بانياً على ملكية المبيع أو على كفاية التسلط عليه في مقام البيع، فيتم منه قصد المعاوضة الحقيقية، ولا يترتب أثر على قصده بخصوص ملكية الثمن بمعنى أن هذا القصد لا يملكه الثمن.

والجواب عن الجهة الثانية: أن المقصود من العقد هو المعاوضة بين

المـالين، وخصوصيـة كون الثمن للبـائع، والمبيـع للمشتري من المقـارنـات الخارجية عن المقصود الأولي للمتعاقدين الذي هو عبارة عن تبديل المالين لا غيـر، والإجـازة للعقـد مـرجعهـا إلى الـرضـا بـالثمن في مقـابـل المبيـع والخصوصيات المقارنة للعقد لم تتعلق بها إجـازة المالـك، وليست موضـوعاً لأثر شرعي من حيث إن الشارع قد ألغى قصد العاقد في مثل هذه الحالات، نعم لو كانت خصوصية كون الثمن للبائع أو للمالك هي المقصود الأصلي من العقد أو من جملة مقاصد المتعاقدين، فلا تكون إجازة المـالك إجـازة للعقد ويكون المجاز غير المقصود من العقد[1].

ورجـح الشيـخ جعفـر كـاشف الغـطاء، أن البيـع في المقـام يصـح للغاصب، وذلك لأن إجازة المالك للعقد الواقع من الغـاصب القاصـد لتملك الثمن، هـذه الإجازة للعقـد من المالـك الواقعي للمبيـع مرجعهـا إلى تمليكه المبيع، نظير ما لو قال له المالك اشتري بمالي داراً أو طعاماً لنفسك حيث إن الإذن له بالشراء يرجع إلى تمليكه المال فيكون الشراء من مالـه، والإجازة في المقام تعطي هذه النتيجة، وليس في أدلـة العقود مـا يعين دخول العـوض في ملك من خرج عنه المعوض، وكل ما يستفاد منهـا حلية البيـع ووجوب الـوفاء به، وليس هو إلا المبادلة بين المالين[2].

ولا فـرق بناء على صحـة الفضولي بـالإجازة بين أن يكـون بـالعقـد أو التعاطي عند أكثر القائلين بصحته.

قال الشيخ الأنصاري في المكاسب: والظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقـدي والمعاطـاة، بناء على إفـادتها للملك، فإن التقابض بين فضـوليين أو فضولي وأصيـل إذا وقع بقصـد إنشاء التمليـك

(١) انظر نهج الفقاهة ص ٢٢٣.

(٢) لا يخفى أن إجازة العقد من قبل المالك إنما يتصور رجوعهـا إلى تمليك العـاقد المبيـع فيما لو أجاز العقد مع علمه بالقصب ولم يكن قاصداً بإجازته تملك الثمن، أما لو قصـد ذلك كما هو المفروض في المقـام فلا يبقى مجـال لقياس هـذه المسألـة بمن أذن لغيره بشراء دار أو طعام بماله حتى ولو كان عالماً بالغصب، انظر منية الطالب والمكاسب.

وإجـازة المالـك يتم به البيـع من حين الإجازة أو من حينـه وتشمله عمومـات البيع والتجارة كما تشمل التعـاطي بين أصيلين أو وكيلين، هذا كله بنـاء على أن المعاطاة تفيد الملك أما بناء على أنها لا تفيد أكثر من إباحة التصـرف كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء، فلا مجال لصحتها من غير المالـك، لأن قصد الإباحة بالإعطاء من الطرفين إنما يؤثر في إباحة التصرف إذا كان من المالك، فلو وقع من غير المالك يكون لغواً، ولا تنفعـه إجازة المـالك لأنهـا عبارة عن تسليط الغير على التصرف، وهي بهذا المعنى إباحة للتصرف لا إجـازة لعمل سابق في الوجود عليها.

ومهما كان الحال فتحقق الفضولية بالتعاطي بين فضولي وأصيـل أو بين فضوليين كانت هدفاً لهجوم جماعة من الفقهاء، من حيث إن التعـاطي قوامـه التسليم والتسلم من الـطرفين، وهمـا من شؤون المـالـك أو المـأذون في التصرف، والفضولي ليس مالكاً ولا مأذوناً، فلا يحل له أن يتصرف في أموال غيره أخذاً وإعطاء هذا بالإضافة إلى أن التمليك بـالفعل لـولا السيرة الجـارية بين الناس على الاكتفاء به في التعبير عن إرادة المتعاقدين، لولا ذلك لكـانت الألفـاظ هي الوسيلة الـوحيدة في المعـاملات والعقـود، والسيرة الجـارية بين الناس على الاكتفاء بالتعاطي مختصـة بالتعـاطي من المالكين، فـالتعدي إلى التعاطي من غير المالك بقصد إنشاء التمليك يحتاج إلى دليل[1].

---

(١) وقد أجاب الذين توسعوا في الفضولية: بأن الفضولية لا تحتـاج إلى التسليم والتسلم في جميع الحالات لأن الفضولي قد يشتري لغيره في الذمة كما لو استلم المبيـع من مالكـه بثمن في ذمـة المشتري، هـذا بالإضـافة إلى أنـه قـد يحصـل الاقبـاض والاستـلام من الفضولي برضا المالك، بناء على أن مجرد الرضا لا يوجب خـروج العقد عن الفضـولية كما رجح ذلك جماعة من القهاء، على أنه لو التزمنا بحرمة التسليم والتسلم من طرف الفضولي، فلا يلزم من ذلك فساد المعـاملة، لأن النهي عن المعاملة لا يقتضي فسـادها فيمـا لو تعلق بـإنشاء المعـاملة ومن خصوص إنشـاء التمليك بـالتعاطي، فـإن العرف لا يفرق بين إنشائه بالتسليم والتسلم من المالكين أو من فضولي وأصيـل بعد أن كـان يعتبر التعاطي من وسائل التمليك والمعارضة.

إجازة المالك لعقد الفضولي

لقد ذكرنا أن المشهور بين فقهاء الجعفريين أن العقد الصادر من غير المالك فضولاً عنه يصح بالإجازة المتأخرة من المالك ويصبح نافذاً كغيره من العقود الواقعة بين أصيلين، والقائلون بأن العقد لولا الإجازة يكون لغواً اختلفت آرائهم في أن الإجازة تؤثر في العقد من حين صدوره أو من حينها فذهب إلى كل رأي فريق من العلماء، وقد وصفها القائلون بأنها لا تؤثر إلّا من حين صدورها بالنقل، ووصفها القائلون بأن لها مفعولاً رجعياً بالكشف، ومعنى ذلك هو أن الإجازة اللاحقة إذا لم تكن كافية لترتيب الآثار على العقد من حين صدوره مس الفضولي تكون ناقلة لآثار العقد الذي هو آلة لإنشاء التمليك والتملك إلى حين صدورها، أما إذا كانت بوجودها المتأخرة تكفي لإحياء العقد وترتيب الآثار عليه من تاريخ صدوره، تكون كاشفة عن أن العقد بوجوده السابق هو المؤثر في التمليك المقصود للمتعاقدين.

والقائلون بأن الإجازة بوجودها المتأخر تكشف عن أن العقد قد أثر التمليك والتملك من حين صدوره، هؤلاء بين من يرى أنها كاشفة عن السبب المؤثر المتقوم بالعقد، كما يظهر ذلك من المحقق الكركي والشهيد الثاني، وبين من يرى أنها كاشفة عن وجود الشرط الذي يتوقف عليه تأثير العقد وهو لحوق الإجازة بالعقد، وفسر بعضهم الكشف بأنها كاشفة عن الأثر المترتب

على العقد، باعتبار أنها شرط متأخر لترتب ذلك الأثر، وقال آخرون: إن المراد من الكشف هو أنها موجبة لحكم الشارع بثبوت آثار العقد من حين صدوره، ويجمع هذه التفاسير للكشف هو اعتبار العقد مؤثراً من حين صدوره من الفضولي، أما لأنه السبب الكامل كما يدعي الكركي في جامع المقاصد، أو لأنها كاشفة عن الشرط المقارن للعقد وهو الرضا التقديري من المالك[1] أو لأنها كاشفة عن الشرط الذي هو عبارة عن لحوقها بالعقد، أو لأنها بنفسها وبوجودها المتأخر شرط لتأثير العقد وتأخير الشرط عن المشروط ممتنع في الأمور العقلية والتكوينية، أما في الشرعيات فمن حيث إنها تابعة لجعل الشارع لا يضر فيها ذلك لأن مرجع الشروط الشرعية إلى أن الشيء الفلاني مثلاً قيد للمشروط بنحو يكون تقييد المشروط به محدداً لإطلاقه من غير أن يكون لهذا الشيء المسمى بالشرط دخل في وجود المقيد، وعلى هذا فمن الممكن أن يعتبر العقد مؤثراً في التمليك من حين وجوده إذا أجاز المالك ولو وقعت الإجازة متأخرة عن العقد، وتمام العلة للملكية المجعولة هي إرادة الجاعل، وتقييد الملكية بالإجازة المتأخرة من حيث إن الغرض المقصود من جعل الملكية لا يحصل إلا في ظرف حصول الإجازة، فإذا حصلت الإجازة في الزمن المتأخر عن العقد تكون الملكية السابقة عليها موضوعاً للغرض، فيرجع تقييد الملكية بالإجازة بناء على هذا التوجيه، إلى أن الملكية المجعولة في عقد الفضولي هي المضافة إلى الإجازة، والإضافة حاصلة حين العقد، وتأخر الاجازة لا يوجب كون الإضافة متأخرة عن العقد.

ومهما كان الحال فالذين التزموا بهذه الأمور من الفقهاء إنما لجأوا إليها تهرباً من الهجوم الموجه إلى اعتبار الإجازة بوجودها المتأخر شرطاً في تأثير العقد وهي مع ذلك بوجودها تكشف عن حصول التمليك والمبادلة من حين صدور العقد، فيحصل الغرض من المشروط قبل وجود شرطه المتأخر، هذا

---

(١) كما يدعي ذلك المحقق الرشتي أحد فقهاء الشيعة في كتاب الإجارة.

الإشكال قد اضطر القائلين بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره إلى هذه التأويلات التي ذكرناها.

وبالإمكان أن نستغني عن كل ما قيل في المقام من المحاولات التي ذكرها الفقهاء والرجوع إلى العرف في مثل ذلك، وبلا شك أن العرف يرى إجازة المالك ورضاه بالعقد الذي أوقعه الفضولي على ماله إقراراً للتصرف الواقع منه وإمضاء له من حين صدوره[1].

ولكن الفقهاء قد اعتبروا البحث في هذه الناحية جوهرياً وموضوعاً لبعض الآثار الشرعية التي تختلف أشد الاختلاف بلحاظ كونها كاشفة أو ناقلة على حد تعبيرهم. فمن ذلك جواز التصرف لكل من البائع والمشتري فيما انتقل إليه بناء على الكشف الحقيقي وبناء على أن الشرط هو الرضا أو لحوق الإجازة للعقد.

أما بناء على النقل أو الكشف الحكمي فلا يسوغ لهما التصرف بمجرد العقد، ذلك لأنه بناء على النقل لا يترتب الأثر على العقد إلا من حين الإجازة، ولازم ذلك بقاء كل من العوضين على ملك مالكه، وبناء على الكشف الحكمي الذي هو عبارة عن حكم الشارع تعبداً بترتيب آثار العقد من حين صدوره، فالعقد قبل الإجازة وقبل الحكم بترتيب الآثار عليه لم يؤثر في النقل والتمليك، ومقتضى ذلك عدم جواز التصرف من كل منهما بالعوضين، ويجوز للأصيل على هذين التقديرين أن يتصرف في العين التي عقد عليها بكل أنواع التصرفات لبقائها على ملكه، ولو تصرف بها بالبيع أو الشراء ونحو ذلك من التصرفات المملكة يعتبر ذلك رجوعاً منه عن العقد، ولم تعد الإجازة من المالك صاحلة لإبرام العقد الواقع بين الفضولي وبين الطرف الثاني الأصيل.

أما بناء على الكشف فليس للأصيل أن يتصرف بما يناقض العقد

---

(١) انظر الجواهر كتاب المتاجر والمكاسب ومنية الطالب وغيرها من مجاميع الفقه الشيعي.

الصادر منه، لأن المؤثر في النقل والتمليك هو العقد وقد تم من جهته، فإن رد الطرف الثاني المالك للعين ينفسخ وإن أجاز كانت إجازته إمضاء من طرفه لا غير، وقد توسع المحقق الكركي وبعض الفقهاء فعمموا هذا الحكم في حق الأصيل حتى ولو كانت الإجازة ناقلة بحجة أن العقد تام من جهته فيكون مشمولاً لعمومات الوفاء بالعقود.

ومن الآثار الشرعية التي يختلف الحكم بالنسبة إليها بين القول بالكشف والنقل هو أن النماء الناتج من العوضين بناء على أن العقد لا يؤثر في النقل والتمليك إلا من حين الإجازة، يكون للمالك الأول لأنه نتج في ملكه، وأما بناء على الكشف فهو للمالك الثاني من غير فرق بين أنواع الكشف وصوره.

قال الشهيد الأول في الروضة: وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المخلل بين العقود والإجازة الحاصل من المبيع يكون للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، وإن اعتبرناها ناقلة فهما للبائع[1].

ومن الآثار التي يختلف حكمها على القولين: هو أن الإجازة لو كانت ناقلة يصح للطرف الثاني الأصيل أن يتراجع عن التزامه وإنشائه حيث إنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يبطل إنشائه قبل تمام العقد، والإجازة بناء على النقل متممة للعقد، وبناء على الكشف لا يتسلط الأصيل على إبطال إنشائه لأن العقد تام من الجهتين وللطرف الآخر الحق في إبطال العقد وإقراره من حيث إن العاقد أوقعه فضولاً عنه[2].

---

(١) انظر نهج الفقاهة ص ٢٣٧.

(٢) نفس المصدر ص ٢٣٨، وقد تردد في هذه النتيجة من حيث إنها مبينة على جواز إبطال العقد قبل تمامه، والإجازة حتى بناء على النقل ليست من أجزاء العقد وإنما هي من شرائط صحته، وفي مثل ذلك لم يثبت جواز التراجع عنه.

ومن الآثار ما لو خرج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك بموت ونحوه، أو خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بتلف ونحوه، فبناء على أن العقد لا يتم إلا بالإجازة يبطل العقد في هذه الحالة لفوات موضوعه قبل تمام أجزائه وبناء على الكشف لا يبطل العقد وينتقل الحق في الإجازة إلى الوارث لحدوث هذا العارض بعد تمام العقد.

ومقتضى القواعد العامة أن خروج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك، أو خروج أحد العوضين عن قابلية الملك لا يقتضي بطلان العقد الواقع فضولياً على القول بالنقل كما ادعاه جماعة من الفقهاء، ذلك لأن الذي خرج عن القابلية إن كان هو الأصيل فإن العوض ينتقل إلى ورثته بالإرث من أبيهم، فإن أجازوا العقد يصح بالنسبة لهم وإلا يبطل لأن المال الذي جعله عوضاً عن المبيع لم يخرج عن ملكه بمجرد إنشاء العقد قبل الإجازة من المالك، والتمليك بناء على النقل لا يحصل إلا بعد الاجازة، وحينئذ لا يبطل العقد بمجرد موت الأصيل بل يكون موقوفاً على إجازة الوارث والطرف الآخر الذي وقع العقد فضولياً عنه.

أما لو خرج عن الأهلية مالك المبيع الذي أوقع الفضولي العقد عنه فالمال الذي وقع العقد عليه قبل الإجازة ينتقل إلى ورثته وهم بدورهم يقومون مقام مورثهم بالنسبة إلى إجازة العقد ورده من غير فرق بين أن تكون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

ولو خرج أحد العوضين عن قابلية الملك بأن تلف أو عرض عليه ما يسقط ماليته، فإن كان التالف مال الأصيل بعد أن أقبضه إلى الطرف الآخر فلو أجاز يصح العقد بناء على الكشف لأن الملك يتم بالعقد والتلف قد حصل بعد القبض فيصح العقد ويكون التلف من مال القابض، ويبطل العقد بناء على النقل، لأنه يتلف في ملك مالكه الأول وقبل الإجازة لا يحصل الملك بناء على ذلك، ولو كان التلف قبل القبض يكون من مال البائع ويبطل العقد سواء كانت الإجازة كاشفة أو ناقلة، وإن كان التالف المال الذي وقع

عليه العقد فضولاً يبطل العقد على التقديرين الكشف أو النقل لأنه بعد التلف لا يبقى موضوع للإجازة(١).

ثم إنه لو استفدنا من الأدلة أن إجازة العقد الواقع فضولياً ليس لها مفعول رجعي بالنسبة إلى ما مضى وإن الآثار لا ترتب إلا من حين حدوثها، فلو قصد المجيز ترتيب الآثار من حين العقد يكون قصده لغواً لأن الإجازة لا تشرع حكماً في مقابل الأدلة ولا يستفاد منها أكثر من التعبير عن رضا المالك ورغبته في المعاملة، وكذلك فيما لو قصد المجيز ترتيب الآثار من حين الاجازة بناء على أن العقد الواقع بين الفضولي والأصيل يتم به التمليك إذا ألحقته الاجازة كما هو مفاد الكشف عند القائلين به، ولا يجدي منه هذا القصد ما دامت الإجازة كاشفة عن أن العقد مؤثر في التمليك من حينه.

وقال الشيخ الأنصاري في مكاسبه: فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان فبلحاظ مخالفة هذا القصد للواقع واعتباره قيداً في الإجازة يلزم بطلانها لعدم موافقة الاجازة المقيدة بهذا القصد للواقع، وبلحاظ أن القصد المذكور ليس قيداً للاجازة بنحو وحدة المطلوب بل هو أمر خارج عنها بهذا اللحاظ يلزم الاكتفاء بالاجازة وإلغاء القصد(٢).

ويبدو من النصوص الفقهية أن الاجازة كما تصح باللفظ الصريح كذلك تصح بالفعل والكتابة ونحوهما مما يعبر عن رغبة المالك وإرادته، ويؤيد ذلك أن النبي (ص) أجاز المعاملة التي أجراها عروة البارقي فضولاً بقوله بارك الله لك في صفقة يمينك ولم يستعمل الألفاظ الصريحة في الاجازة بل استعمل هذه الكلمات التي تدل عليها بالملازمة، ونص العلامة الحلي على أن

---

(١) انظر نهج الفقاهة ص ٢٤٣.

(٢) المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري مبحث الفضولي وشرحها للسيد كاظم اليزيدي ص ١٥٨.

الزوجة المعقود عليها فضولاً لو مكنت الزوج من نفسها كان ذلك اجازة منها.

ورجح الشيخ الأنصاري في مكاسبه أن المعول على الرضا في الفضولي وبيع المكره بأي طريق كان كما يظهر ذلك من فتاوى الفقهاء وبعض النصوص عن الأئمة (ع)، وأيد دعواه هذه بأن جماعة من الفقهاء لم يكتفوا بالسكوت في الموارد التي تحتاج إلى الرضا من حيث إن السكوت لا يدل عليه، ولو كان اللفظ شرطاً في التعبير عنه لكان هذا التعليل منهم لغواً، على أن جماعة من الفقهاء يكتفون بسكوت البكر ويعتبرونه اجازة للعقد الواقع عليها فضولاً لأنه يكشف عن رضاها بالعقد، هذا بالإضافة إلى بعض المرويات عن الأئمة (ع) وقد جاء في بعضها ما يؤكد بأن كل ما يدل على الرضا يكون اجازة للعقد.

فقد روى عبد الله بن وهب: أن رجلاً جاء إلى الإمام الصادق (ع) وقال له: إني كنت مملوكاً لقوم وتزوجت امرأة حرة بغير إذن من مولاي ثم أعتقني بعد ذلك فأجدد نكاحها أم لا؟ قال (ع) أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ قال نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي. قال(ع) سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم أنت على نكاحك».

وفي بعض النصوص أن المولى إذا قال لعبده المتزوج بدون إذنه طلق زوجتك يكون ذلك إقراراً منه للزواج ورضا منه، فقد روى علي بن جعفر عن أخيه موسى عن آبائه (ع): أن رجلاً أتى علياً (ع) بعبده، وقال إنه تزوج بغير إذني، فقال (ع) لسيده فرق بينهما، فقال الرجل لعبده: يا عدو الله طلق. قال (ع) للعبد إن شئت طلق وإن شئت امسك، فقال الرجل عند ذلك: يا أمير المؤمنين أمر كان بيدي جعلته إلى غيري، قال (ع) لأنك حين قلت له طلق أقررته على نكاحه[1].

ولكن الشيخ الأنصاري بعد أن رجح كفاية الرضا في مقام الاجازة

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى وشرحها للسيد كاظم اليزدي.

بالتقريب المتقدم، تردد فيه أخيراً للأمور التالية:

الأول: أن الاكتفاء بالرضا من المالك يستلزم أن تكون الكراهة بذاتها فسخاً للعقد ولو لم يعبر عنها المالك باللفظ وغيره من الوسائل التي تعبر عما في نفس المالك، ولازم ذلك بطلان الفضولي المسبوق بمنع المالك، وبيع المكره ولو كان ملحوقاً بالرضا المتأخر عنه.

الثاني: لو اكتفينا بالرضا في مقام الاجازة ولو لم يحصل من الألفاظ التي تدل عليه، يلزم أن نكتفي به إذا وقع مقارناً للعقد أو متقدماً عليه، كما لو علم المنشىء للعقد برضا المالك ببيع ماله، فباعه فضولاً عنه، لأن الرضا إذا كان مؤثراً في العقد مع تأخره عنه يكون أولى بالتأثير فيما لو كان مقارناً أو متقدماً عليه ولا يلتزم الفقهاء بذلك.

الثالث: أن أدلة العقود لا تشمل الفضولي فيما إذا لم يكن ملحوقاً بما يصحح إضافته إلى المخاطبين، لأن قوله تعالى: أوفوا بالعقود، يدل على وجوب الوفاء بالعقود المضافة إلى المالكين، ومعلوم أن العقد لا يكون مضافاً إلى المالك إلا بالانشاء من الطرفين، أو بالاجازة المتأخرة، أو بالفعل المعبر عن إرادتهما كما هو الحال في المعاطاة، أما الرضا النفسي من المالك فلا يصحح هذه الإضافة[1].

ويكتفي القانون المدني في الإجازة بأي نحو وقعت من المالك، فقد جاء في المادة ١٣٦ من القانون المدني العراقي: اجازة العقد الموقوف تكون دلالة وصراحة، والاجازة دلالة تستنتج من قيام من له حق الاجازة بتصرف يدل على اجازته كبناء في الأرض التي اشتراها الفضولي ونحو ذلك من التصرفات، وتصحح العقد بأثر رجعي فيعتبر صحيحاً من وقت إبرامه لا من وقت الاجازة[2].

---

(١) المكاسب، ونهج الفقاهة ص ٢٤٨.

(٢) انظر ص ٢٥٣ من مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم.

ولا بد في الاجازة المصححة لعقد الفضولي أن لا يسبقها رفض المالك للعقد، لأنه ينفسخ بمجرد رد المالك فلا يبقى عقد لكي تلحقه الاجازة، لأن صيغة العقد إنما تنتج الأثر المطلوب إذا لم يحصل ما يمنع من صدق العقد الذي يؤدي معنى التعاهد والترابط من الطرفين، وإذا رفض المالك البيع الواقع من الفضولي ينتفي العقد من أساسه فلا يبقى محل للاجازة المتأخرة.

ولكن الفقهاء لم يقفوا صفاً واحداً في هذه المسألة، فقد تردد بعضهم في مانعية الرد عن الاجازة، من حيث إن الرد لا يمنع من صدق العقد، وكل ما في الأمر أنه لا ينتسب إلى المالك إلا إذا أنشأه مباشرة أو أجاز إنشاء الغير له، فإذا أجازه ولو بعد الرد تصح نسبته إليه وتشمله أدلة الوفاء بالعقود، وهذا بخلاف العقد الصادر من المالكين، فإن الرد الواقع قبل القبول يمنع العقد عن الالتئام والتكامل، على أن عقد الفضولي لا يوجب أي تبديل بالنسبة للمبيع الذي وقع عليه العقد، فهو على ملك مالكه الأصلي قبل الإجازة فلا يكون للرد أي أثر بالنسبة إلى المال المعقود عليه فضولاً ولم يثبت للمالك إلا الاجازة وعدمها، أما الرد بمعناه الوجودي المقابل للاجازة فليس موضوعاً لأي أثر من الآثار لكي يكون ثابتاً للمالك فلا يمنع حينئذ عن لحوق الاجازة من المالك، نعم لو ثبت له الرد بماله من المعنى الوجودي الذي هو عبارة عن إلغاء بيع الفضولي بنحو لم يعد صالحاً لأن تلحقه الاجازة، لو ثبت له الرد بهذا المعنىٰ يكون الرد مانعاً عن الاجازة حينئذ.

ولكن الإنصاف أن مقتضى السلطنة الثابتة للإنسان على ماله أن للمالك السلطنة على إبطال العقد وإجازته بمعنى إقرار العقد وحله نظير السلطنة الثابتة لذي الخيار التي هي عبارة عن إقرار العقد وإزالته، وعلى ذلك فمقتضى سلطنة المالك على ماله أن له إبطال هذا الإنشاء الصادر من الفضولي وإلا فإن سلطنته تكون مقصورة على طرف واحد، فإذا أبطله لم يعد قابلاً لأن تلحقه الاجازة كما يمتنع أحد الضدين في حال وجود ضده

الآخر[1].

وهل تنتقل الاجازة إلى ورثة المالك فيما لو مات قبل الاجازة أم لا؟ الظاهر أنها لا تنتقل إليهم بالإرث، لأنها من الأحكام الشرعية الثابتة للمالك كجواز البيع والهبة والنكاح والصلح وغير ذلك من العقود التي له إيجادها بما يدل عليها من الألفاظ والأفعال، فكما أن للمالك أن يبيع ماله مباشرة أو توكيلاً له أن يجيز العقد الواقع عليه فضولاً، فلو مات ينتقل المال إلى وراثه، ولمن يملك منهم المبيع مثلاً أن يجيز العقد الواقع عليه لا من جهة إرث الاجازة، بل من جهة ملكيتهم للمال موضوع الاجازة لأنه ينتقل إليهم بالإرث كبقية أموال المورث قبل إجازته للعقد الواقع عليه فضولاً، ومن آثار تسلطهم عليه نفوذ إجازتهم فيما يتعلق به من التصرفات.

ومما يدل على أن الاجازة ليست من الحقوق التي تنتقل إلى الوارث هو أنها لا تسقط بالإسقاط ولا تقع عليها المعاوضات كما هو الحال في غيرها من الحقوق، والفرق بين إرث الاجازة وإرث المال، هو أن الاجازة لو انتقلت إلى الوارث بالإرث لا بد وأن يشترك فيها جميع الوراث حتى الزوجة التي لا ترث في العقارات، وهذا بخلاف ما لو قلنا بأن المال هو الذي ينتقل إليهم وحده بدون الاجازة، فمن له الحق في إجازة المبيع هو الوارث للمال لا غير، هذا كله بناء على أنه لا يشترط في الفضولي أن يكون المجيز هو المالك حين العقد، أما لو قلنا بأن المجيز للعقد لا بد وأن يكون هو المالك حين العقد كما رجح ذلك بعض الفقهاء فلا يبقى محل للاجازة فيما لو مات المالك قبل الاجازة[2].

ثم إن الاجازة التي لا بد منها لتصحيح العقد الفضولي لا يتعين على المالك المبادرة إليها بمجرد إطلاعه على العقد، بل يبقى له الحق في

(١) انظر المصدر السابق ومنية الطالب للخونساري ص ٢٥٤ و٢٥٥.

(٢) انظر أبلغة الفقيه للسيد محمد بحر العلوم وغيرها من فقه الشيعة.

الاجازة أو الرد ولـو بعد مضي مـدة من الزمن كمـا يقتضيه إطـلاق الأدلة التي نصت على صحة العقد بإجازة المالك.

هذا بالإضـافة إلى صحيحـة محمد بن قيس عن أبي جعفـر الباقـر (ع) حيث نصت على كفاية الاجـازة من المالـك بعد أن أولـدا المشتري الجـارية التي باعها ابن المالك بغير إذن من والده[1].

على أنه ليس للطرف الآخر الأصيـل حق على المالـك لكي يتعين عليه المبادرة إلى الإجازة لبقاء المال على ملكه سيما بناء على أن العقد لا يؤثر في التمليك إلا بعد الاجازة من المالك كما هو مفاد القول بالنقـل، نعم بناء على أن الأصيل ليس له أن يتصرف في العوض الـذي جرى عليـه العقد من قبله، فلو لزم من منعه عن التصـرف ضرر عليـه من حيث عدم مبـادرة المالـك إلى الاجازة أو الرد، له أن يتراجع عن العقد دفعاً للضرر اللاحق به، بناء على أن العقد مملك من حين صدوره كما هو مفاد القول بالكشف، لأن الضرر الـذي لحق بـه قد جـاء من قبل لـزوم العقد في حقـه، فإذا ارتفـع اللزوم بقاعـدة لا ضـرر ولا ضـرار يصبـح المـالـك الأصيـل مخيـراً بين الفسـخ والبقـاء على المعاملة، أما إلزام المالك للعين الذي بـاعها العـاقد فضـولاً بالاجـازة أو الرد كما هو أحد الحلول لهذه المسألة هذا الاحتمال لا مبـرر له أصـلاً، ذلك لأن الطرف الأصيل ليس له حق على المالك لكي يلزمه بالإجازة أو الـرد حيث إن الضـرر الـذي لحقـه لم يحصـل من قبله، وإنمـا هـو من جهـة إقـدامـه على المعاملة مع علمـه بأن البـائع غيـر مالـك للمبيع وقـد أوقع العقـد فضولاً عن المالك[2].

---

(١) وقد جاء في الرواية: أن علياً (ع) قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها، فجاء سيدها فقال وليدتي بـاعها ابني بغيـر إذني، فقال علي (ع) الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال (ع): خذ ابنه الذي بـاعك الـوليدة حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه أبـوه قال لـه: ارسل ابني، قـال والله لا أرسل ابنـك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليد أجاز بيع ابنه.

(٢) انظر المكاسب وشرحها للسيد كاظم ومنية الطالب للخونساري.

ومهما كان الحال بعد البناء على أن الفضولي يصح بالإجازة فهل يجب المطابقة بين الاجازة والعقد الواقع بين الأصيل والفضولي أو لا يجب فيها ذلك فتصحح العقد ولو لم تكن مطابقة له من جميع الجهات؟ لا إشكال بعدم كفاية الاجازة فيما لو تعلقت بغير الثمن أو غير المبيع، كما لو باع الفضولي العقار لشخص، فأجاز المالك بيع الدار أو السيارة مثلاً، وكما لو اشترى الفضولي الدار بألف درهم، فأجاز البيع بمائة درهم مثلاً فلا تنفع الاجازة في مثل ذلك لأنها ليست إجازة للعقد، وإن كان الاختلاف بين العقد والاجازة من حيث الكيفية التي وقع عليها العقد، كما لو باع الفضولي الدار والبستان، فأجاز المالك بيع الدار وحده أو البستان وحده، فالظاهر كفاية الاجازة في مثل ذلك لأن العقد الواقع على أمور متعددة ينحل إلى عقود متعددة حسب تعدد الأمور التي وقع عليها العقد، ومن أمثلة ذلك ما لو باع الشريك تمام العين المشتركة، فإن أجاز الشريك البيع في سهمه صح البيع في الجميع وإن رد البيع فيه ثبت للمشتري الأصيل خيار تبعّض الصفقة، نظراً لصحة البيع بالنسبة لسهم البائع، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما لو كان العقد مشروطاً بشرط فأجاز المالك البيع بدون الشرط فيصح العقد بدون الشرط، لأن الشرط التزام محله العقد وليس قيداً في التمليك المنشأ بالصيغة التي تعاقدا بها.

نعم لو كان الشرط على مالك البيع وأجاز بدونه يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط، ولو كان الشرط للمالك وأجاز بدونه يتم العقد ويلزم في حقهما، ويكون المالك بذلك مسقطاً لحقه في الشرط، ولو وقع العقد مجرداً عن الشرط وأجاز المالك بشرط لمصلحته ولم يرض به الطرف الآخر الأصيل تصح الاجازة ويبطل الشرط، لأن الشروط الصحيحة هي التي يلتزم بها الطرفان حين التعاقد، إلا إذا كانت الاجازة من المالك مقيدة بالشرط، بنحو تكون إجازته مرتبطة بذلك الشرط، فلو لم يرض الطرف الأصيل بالاجازة مع هذا القيد يبطل العقد لعدم حصول الإجازة من المالك حينئذ[1].

(١) انظر المصادر السابقة.

المجيز لعقد الفضولي

لقد نص الفقهاء على أن المجيز المالك للمبيع فضولاً لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية:

الأول: أن يكون حين الاجازة حائزاً على أهلية التصرف لأن الاجازة تتعلق بالمال فلا بد من وجود الشروط التي يتوقف عليها صحة التصرف، كالبلوغ والعقل والرشد وذلك، هذا بالإضافة إلى أن الاجازة من المالك نظير العقد الابتدائي، فكما يشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل والرشد فكذلك الحال بالنسبة إلى المجيز من غير فرق بين أن تكون الاجازة كاشفة عن تأثير العقد من حينه أو من حين صدورها.

فلو كان حين العقد غير صالح للتصرف وحين الاجازة أصبح صالحاً له، كما لو باع الولي مال اليتيم من غير أن يراعي مصلحته في ذلك، أو زوج شخص صغير من غير أن تكون له ولاية عليه ثم بلغ الصغير فأجاز النكاح أو البيع الواقع على ما له فهل تكفي إجازته والحال هذه، أم يكون العقد لغواً لا تنفعه الاجازة الذي رجحه أكثر الفقهاء الاكتفاء بوجود مجيز للعقد صالح للاجازة حين إنشائها، وإن لم يكن صالحاً لها حين العقد اعتماداً على الأدلة العامة التي تنص على صحة عقد الفضولي إذا أجازه المالك، وعلى النصوص التي تدل على جواز تزويج الصغار فضولاً الشاملة لمثل ذلك.

وقد خالف في هذه المسألة العلامة الحلي في القواعد والفقيه الاسكافي، واحتج الحلي بأن العقد إذا لم يكن له مجيز يكون باطلاً وإذا بطل في زمان لا يرجع صحيحاً فيما سيأتي من الأزمنة، على أن المشتري قد يتضرر بالانتظار لإمكان أن لا يجيز المالك حينما يصبح أهلاً للاجازة.

ومجمل القول في هذه المسألة أن المجيز إذا لم يكن صالحاً للاجازة حين العقد لسفه أو جنون أو لأن المبيع قد تعلق به حق للغير كما لو كانت أموال المالك مستغرقة بالديون أو مرهونة لشخص آخر، أو كان البائع غير مالك للعين حين البيع فباعها ثم اشتراها منه ونحو ذلك، فلو لم يكن صالحاً للتصرف حين البيع من حيث التحجر عليه لسفه أو صغر أو لكون العين مرهونة وحين الاجازة أصبح صالحاً لها كما لو فك الرهانة أو أدى ما عليه من الديون أو بلغ الصبي وأصبح راشداً يحسن التصرف بأمواله فتصح الاجازة في مثل ذلك ويلزم العقد بعد الاجازة، وقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء يكتفون بالاجازة المتأخرة إذا كان المجيز صالحاً للتصرف بأمواله حين الاجازة، ورجح الشيخ الأنصاري في مكاسبه عدم الحاجة إلى الاجازة فيما لو كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع وفك الرهن قبل مراجعة المرتهن بشأن الاجازة[١].

ومن فروع هذه المسألة ما لو كان المالك حين الاجازة مغايراً للمالك حين العقد، كما لو باع شخص ملك غيره فضولاً لنفسه أو للمالك ثم اشتراه من مالكه قبل إجازته للعقد الصادر من الفضولي، فلو أجاز المشتري الثاني الذي أوقعه فضولاً فهل تكفي إجازته لتصحيح العقد الواقع منه فضولاً أم لا؟ الذي رجحه جماعة من الفقهاء هو الاكتفاء بالاجازة من المالك الجديد لتصحيح العقود لو كان المشتري هو البائع فضولاً، بل يظهر من بعضهم عدم الحاجة إلى الاجازة في مثل ذلك[٢] وقد اعتمد القائلون بصحة العقد الأول

(١) انظر المكاسب مبحث شرائط المجيز.

(٢) والقائل بذلك هو الشيخ الطويس كما نقل عنه في المكاسب.

بإجازة المالك الثاني على الأدلة العامة التي تدل بعمومها على كفاية الإجازة ولو تجدد المالك بعد العقد الأول، بالإضافة إلى أصالة الصحة في العقد المجاز من المالك الجديد.

ونص جماعة على بطلان العقد الأول وعدم كفاية الاجازة من المالك الثاني للأسباب التالية:

الأول: أنه يلزم خروج المال عن ملك المجير قبل دخوله فيه بناء على أن الاجازة كاشفة، ذلك لأن من لوازم الكشف خروج المال عن ملك المجيز من حين العقد، والمفروض أن المجيز حين العقد لم يكن مالكاً وأنه ملك بالعقد الثاني.

الثاني: أنه من المقرر الاكتفاء بالاجازة والرد بكل فعل يدل عليهما مطابقة أو بنحو الالتزام، كما لو أخرج المالك العين عن ملكه بعد علمه بوقوع العقد عليها فضولاً، فإن ذلك يعتبر رداً وإلغاء للعقد الذي أوقعه الفضولي، وفي المقام لو باعها المالك من العاقد عليها فضولاً أو من غيره قبل إجازته يكون بيعه هذا معبراً عن رده وعدم رضاه بالعقد الأول الواقع من الفضولي فيلزم من العقد الثاني بطلان العقد الأول.

الثالث: إن العقد الأول إنما صح وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي أي المالك الثاني، وهي متوقفة على صحة العقد الثاني وصحة العقد الثاني تتوقف على بقاء الملك على ملك مالكه الأول، ولازم ذلك أن صحة العقد الأول تتوقف على أن يكون المال ملكاً للأول وللمشتري في زمان واحد، لأن ملكية الأول تتوقف على الاجازة والاجازة تتوقف على كونه ملكاً للمجيز الذي هو المشتري الثاني.

الرابع: النصوص المروية عن الرسول (ص) والأئمة (ع) التي تدل باطلاقها على فساد هذا النوع من العقود، فقد جاء عن النبي (ص) أنه قال: لا تبع ما ليس عندك، ولا تبع ما لا تملك ولا بيع إلا في ملك، وهي بإطلاقه

تشير إلى فساد هذا النوع من العقود.

وجاء في رواية يحي بن الحجاج: أنه سأل أبا عبد الله الصادق (ع) عن الرجل يأتيه ويقول له اشتري هذا الثوب أو هذه الدابة بعينها وأربحك عليها كذا وكذا. قال (ع) لا بأس بذلك اشترها ولا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشترها.

وفي رواية خالد بن الحجاج أنه قال لأبي عبد الله الصادق (ع): الرجل يجيئني ويقول اشتري هذا الثوب واربحك كذا وكذا، قال (ع) أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك، قلت: بلى، قال: لا بأس به إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام، إلى غير ذلك من المرويات المتفقة من حيث مضمونها. وقد نهت الرواية الأولى عن إنشاء البيع للمشتري الثاني قبل أن يشتريه أولاً ويملكه بالعقد الشرعي ومقتضاها أن تملكه بالشراء من مالكه لا يكفي لصحيح العقد إذا أوقعه أولاً قبل أن يملك المبيع، كما نصت الرواية الثانية على أن مجرد المقاولة والاتفاق على البيع قبل شراء العين من مالكها لا يمنع من بيعها له بعد أن يشتريها من المالك، لأن الذي يحلل ويحرم هو الكلام الملزم لكل منهما، أما الوعد بالشراء بعدما يشتريها فلا يمنع من بيعها له بعد تملكها، والمفهوم الضمني من هذا النص أنه لو باعها قبل أن يشتريها من مالكها كان البيع باطلاً لأنه وقع على ملك الغير، ولا ينفع تملكه المتأخر في تصحيح البيع المتقدم.

ولكن أنصار القول بصحة العقد الواقع فضولاً في المقام بعد إجازة المالك الجديد لم يجدوا بداً من تأويل هذه المرويات بما لا يتنافى مع الرأي الفقهي الذي اختاروه في هذه المسألة ومحصل ما جاء في تأويلهم لهذه المرويات أن المراد منها هو عدم كفاية العقد السابق على الشراء بدون إجازة المشتري للعقد الذي أوقعه أولاً، بمعنى أن مجرد تملكها بالشراء من مالكها الأصلي لا يكفي لصحة العقد وترتيب الآثار عليه بدون الإجازة، ولا دلالة فيها على بطلان العقد السابق حتى ولو أجازه المالك الجديد، وبعد أن رجح

الشيخ الأنصاري في مكاسبه إرادة هذ المعنى منها رجع عنه أخيراً ثم قال:

والإنصاف أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتيب أثر الإنشاء المقصود منه مطلقاً حتى مع الإجازة، وأما صحته للمالك إذا أجاز، فلأن النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، ولا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي[1] والظاهر أنه لا يصح للمالك في هذه الحالة لأنه أخرجه عن ملكه بالبيع إلى العاقد الفضولي كما هو مفروض النصوص فيبطل الأول ويصح الثاني، وتكون النتيجة بجانب القائلين بعدم صحة الفضولي في هده المسألة.

وقد أجاب القائلون بصحة الفضولي في هذه المسألة عن الاشكالات الثلاثة بالأجوبة التالية:

الأول: أن الإجازة إنما تكشف عن حصول الملك من حين العقد فيما لو كان المجيز هو المالك حين العقد، أما لو كان المجيز هو المالك الجديد كما هو المفروض في هذه المسألة فتكون الاجازة كاشفة عن حصول الملك من التاريخ الذي يمكن فيه تأثير الاجازة في التمليك، وبعد أن انتقل المبيع إلى البائع فضولاً وأجاز البيع الواقع منه لا يمكن تأثير إجازته في التملك قبل العقد الثاني، فلا يلزم خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه كما نتج من الإشكال الأول.

الثاني: أن الرد في الفضولي إنما يكون بالألفاظ التي تدل عليه، وأما الفعل المنافي لنفوذه كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من شخص آخر وبيع المالك ما له المبيع فضولاً فليس فسخاً له لا سيما مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، نعم في مثل ذلك يكون الفعل المنافي مفوتاً لمحل الاجازة إذا وقع من المالك جامعاً للشرائط الصحة، مطلقاً بالنسبة إلى مثال التزويج،

---

(١) انظر مسألة الفضولي، ما لو باع لنفسه ثم ملك وأجاز.

وبالنسبة إلى غيره فإنما يفوت محل الاجازة بالنسبة إلى المالك الأول، من حيث خروج المال عن ملكه، وبالنسبة إلى المالك الثاني فلم يفت محل الاجازة منه لأنه هو المالك للمبيع فعلاً وقد سبق منه أن باعه فضولاً وأصبح حين الاجازة مالكاً.

الثالث: أن القائل بصحة الفضولي بالإجازة من البائع بعد تملكه للمبيع، إنما يلتزم بترتب الأثر على العقد الأول وتملك المشتري للمبيع من حين دخوله في ملك العاقد الذي هو المالك الجديد لا من حين العقد الأول في مثل هذه الحالات لعدم قابلية الاجازة للتأثير من ذلك التاريخ كما ذكرنا في الجواب عن الإشكال الأول، وحينئذ تتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثاني وارتباط كل منهما بالآخر هذا الارتباط لا بد منه، كما وأن ارتباط العقد الثاني الذي أوقعه المالك مع العاقد الأول الفضولي ببقاء الملك لمالكه الأصلي وتوقف صحة العقد الثاني على ذلك، كل ذلك مسلم أيضاً، ولكن تسليم هاتين المقدمتين لا ينتهي إلى النتيجة التي وردت في الأشكال الثالث وهي كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد، بل يلزم من صحة العقد الأول خروج المال عن ملك مالكه الأصلي، لأنه إنما يصح بالاجازة والاجازة إنما تصح من العاقد الفضولي بعد فرض كونه مالكاً، وقد ذكرنا أن الاجازة في المقام لا تكشف عن تملك المشتري الأول من حين العقد بل من حين قابليتها للتأثير أي بعد العقد الثاني، ولا يتصور كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان واحد إلا إذا كانت الاجازة مؤثرة في تمليك المشتري من حين العقد الذي أوقعه معه الفضولي، وقد بينا في الجواب عن الإشكال الأول أن الاجازة في المقام لا تؤثر في التمليك إلا من حين العقد الثاني[1].
هذا كله فيما لو باع الفضولي مال غيره ثم ملكه بالشراء وغيره من الأسباب المملكة وأجاز العقد الذي أوقعه أولاً بعنوان الفضولية.

---

(١) انظر المصدر السابق.

ولو باع لنفسه فضولاً ثم ملك ولم يجز العقد الذي أوقعه فضولاً، فقد نص أكثر الفقهاء على فساد العقد في هذه الحالة عملاً بالنصوص السابقة الناهية عن البيع قبل التملك، بالإضافة إلى أن البائع فضولاً بعد أن ملك المبيع بالشراء من مالكه الأصلي أصبح مسلطاً عليه، فإذا لم تطب نفسه بتمليكه للمشتري لا دليل على إلزامه بذلك والالتزام الذي صدر منه أولاً لا يجب الوفاء به لأنه تعلق بمال الغير حين ذاك[1].

ومن جملة فروع الفضولي، ما لو باع مال غيره معتقداً بعدم جواز تصرفه فانكشف جواز تصرفه لكونه ولياً أو مالكاً، وعلى التقديرين أما أن يبيع لنفسه أو لحساب المالك فلو باع عن المالك فضولاً فتبين أنه ولي أو مأذون في البيع، قال الشيخ الأنصاري في حكم هذه الصورة: لا أشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان عقد الفضولي، ولا يبعد أن يكون الوجه في ذلك. أن العقد في المقام خارج عن الفضولية لكونه جامعاً لجميع الشرائط، ولصدوره ممن يجوز له أن يتولى إنشاء المبادلة بين المالين، ولا يضر في ذلك اعتقاده بأنه لا يجوز له التصرف في المبيع، لأن اعتقاده لا يغير الواقع ما دام جائز التصرف، ويبدو من الشيخ الأنصاري في مكاسبه. أن هذه المسألة لم يخالف بها سوى ابن البراج المعروف بالقاضي، والنص الفقهي المنسوب إليه، هو أنه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن السيد، ولا علم به أحد لم يكن مأذوناً في التجارة ولا يجوز شيء مما فعله، فإن باع واشترى بعد ما علم جاز ما فعله بعد الإذن ولم يجز ما فعله قبله.

الصورة الثانية: أن يبيع مال الغير لنفسه عدواناً فتبين أنه مأذون في

---

(١) وقد ذهب فخر الدين في الايضاح والشهيد الثاني في المسالك والشيخ كما نقل عنه المحقق في المعتبر، أن أدلة لزوم العقود والشروط مفادها لزوم كل عقد على البائع بمجرد انتقال المال إليه وقبل ذلك لا يجب الوفاء عليه، وفي المقام بعد أن حصل منه العقد وملك المبيع بالشراء من مالكه ثم بجميع أركانه وشروطه لم يعد ما يمنع من شمول أدلة وجوب الوفاء بالعقود لمثل ذلك.

البيع وقد نص جماعة على صحة العقد في هـذه الصورة، ولا يمنـع من ذلك قصده البيع لنفسه ما دام مأذوناً من قبل المالك في أصل البيـع، وهذا القصـد لا يوجب فساد العقد، لكونه خارجاً عن حقيقة العقد.

الصورة الثالثة: أن يبيع عن المالك فضولاً لاعتقاده أن المال لغيره مـع كونه له واقعاً، كما لو باع مال أبيه معتقداً حياته، فتبين أنه ميت وأن المال قـد انتقل إليه بالإرث، قال في المكاسب: المشهور بين الفقهاء صحة العقـد في هـذا القرض، وادعى العـلامة في القـواعد والإرشـاد في باب الهبـة الاجماع على الصحة، وأضاف إلى ذلك: بأنـا لم نعثر على مخـالف صريـح في هذه المسألة، إلا أن الشهيد ذكر في قواعده أنه لو قيل بالبـطلان أمكن ذلك، كمـا وأن العلامة وولده فخر المحققين في النهاية والايضاح قد احتمـلا ذلك، لأنـه إنما قصد البيع عن أبيه لا عنه[1].

الصورة الرابعة: أن يبيع الفضـولي لنفسه معتقـداً بأن المبيـع لغيره مـع كونه له واقعاً، والظاهر صحة العقد في هذا الفرض حتى عند القائلين ببطلان الفضـولي، لأن العقد وقـع من المالـك على مالـه لنفسه، ولا يضـر في ذلك اعتقاده بأن المال لغيره لأن هـذا الاعتقاد لا يغيـر الواقـع، ولأجل ذلـك رجح الشيخ الأنصاري وجماعة من الفقهـاء عدم احتيـاج هذا العقـد للاجـازة، هذا بالإضافة إلى أن أدلة الإجازة تختص في صورة العقد على مال الغير من حيث احتياجه إلى مـوافقة المـالك والمفـروض في المقام أن العقـد وقع على مـاله لنفسه بانياً على أن المال لغيره[2].

* * *

(١) وأجيب في ذلك بأن قصده لا يمنع في صحة العقد من حيث إنه لم يقصد البيـع عن أبيه الا باعتبار أنه المالك الواقعي، فهو في الحقيقة قـاصد للبيـع عن المالـك الواقعي وقـد قصد أباه مثلاً لاعتقاده أنه المالك، فيكون قصده هذا من نوع الخطأ في التطبيق.

(٢) انظر المكاسب والجواهر كتاب المتاجر ونهج الفقاهة وغيرها، وقـد تعرض الفقهـاء لهذه الفروض وتوسعوا في البحث عنها وعن جميع المحتملات التي يمكن افتراضها، ونحن لا يسعنا استقصاء جميع ما قيل في المقام.

إذا امتنع المالك من الاجازة

من المتفق عليه بين الفقهاء أن العقد الواقع على ملك الغير فضولاً يبطل إذا لم يوافق المالك على البيع بعد إطلاعه على العقد، لأن أدلة الوفاء بالعقود مفادها وجوب الوفاء على كل إنسان بالعقد الصادر منه، والعقد على مال الغير لا يكون عقداً للمالك إلا بإجازته وموافقته عليه، فلو رفض العقد ولم يوافق عليه لا تشمله أدلة العقود.

وكما يحصل الرد بكل لفظ يدل عليه يحصل أيضاً بكل فعل يتنافى مع العقد، كما لو أخرجه عن ملكه بأحد النواقل كالبيع والهبة والصلح والاتلاف بالأكل ونحوه مما يوجب فوات محل الاجازة.

ولو تصرف في المبيع تصرفاً لا يوجب انعدام الموضوع كما لو وطىء جاريته فأولدت أو أجر داره وزوج أمته من شخص آخر ونحو ذلك، فهذه التصرفات لا توجب خروج العقد عن قابلية الاجازة من المالك، ولكن البناء على صحة هذه التصرفات منه يوجب بطلان الإجازة بناء على أنها تؤثر في التمليك من حين وقوعها كما هو مفاد القول بالنقل، أو تؤثر في ترتيب الآثار على العقد من حينه ولو لم يكن ملكاً من حين وقوعه كما هو مفاد الكشف الحكمي، لأن هذه التصرفات تكشف عن عدم موافقة المالك على البيع الواقع من الفضولي، لأنه باع العين بما لها من المنافع، وفي مثال الزواج لا

يمكن تأثير الاجازة مع الالتزام بصحة تزويجه لامته أو تزويج المرأة نفسها لعدم قابلية الاجازة للتأثير مع هذا الافتراض.

وأما بناء على أن الاجازة من المالك تكشف عن أن العقد من حيث صدوره قد أثر في التمليك والمبادلة بين العوضين، فانتقال المبيع عن ملك المالك يكون من حين العقد، والتصرفات المنافية من المالك مبنية منه على الظاهر لعدم انقطاع الصلة بينه وبين المبيع قبل الاجازة، ولا سيما إذا كان جاهلاً بوقوع العقد على ماله فضولاً، فإذا أجاز بعد ذلك يتعين بطلانها لوقوعها في ملك غيره[1].

أما التصرفات التي لا تنافي ملك المشتري للمبيع من حين العقد، كما لو عرض المالك المبيع فضولاً للبيع أو باعها بعقد فاسد وأمثال ذلك، فقد فصل جماعة من الفقهاء بين ما لو وقعت منه هذه التصرفات مع علمه بوقوع العقد على العين فضولاً، وبين ما لو وقعت منه وهو غافل عن العقد عليها، ففي الصورة الأولى يكون هذا النوع من التصرف رداً للعقد الفضولي بنظر العرف وتشمله النصوص التي تدل على بطلان الفضولي بالرد حيث إنها لم تعين ماهية الرد وكيفيته وكل موضوع أو عنوان يتعرض الشارع لبيان حقيقته يتعين الرجوع فيه إلى العرف، والعرف يرى بيع العين ولو بالعقد الفاسد أو تعريضها للبيع وعرضها على من يريد الشراء، يرى ذلك إعراضاً عن العقد الواقع فضولاً إذا كان عالماً بذلك العقد.

---

(١) المكاسب للشيخ الأنصاري مبحث الفضولي في الرد وأحكامه، وفي منية الطالب للخونساري. أن هذه التصرفات لا تمنع من الإجازة سواء الملك حصل بالإجازة من حين العقد كما هو فعاد الكشف الحقيقي أو من حينها كما هو مفاد القول بالنقل، قال في الكتاب كذلك تصح إذا تعلقت الإجازة بها فإن حكم بها حكم استيفاء منفعة العين بنفسه المذكور ص ٢٨٦ : كما تصح الإجازة إذا فاتت منفعة العين تحت يده أو استوفها بنفسه، فبناء على النقل لا إشكال في أن العين تنتقل إلى الطرف مسلوبة المنفعة في مدة الإجازة، وأما بناء على الكشف الحقيقي فحيث أن الإجازة تكشف عن وقوع التصرف في ملك الغير فعليه أجرة المثل، ولا إشكال في صحة الإجازة.

أما لو وقعت هذه التصرفات من المالك مع غفلته عن العقد الواقع على العين فضولاً، فالظاهر في مثل ذلك أن هذا النوع من التصرف لا يكون رداً للعقد، لأن الرد للعقد من الأمور التي لا بد في صدقها من القصد إليها، والإتيان بهذه الأفعال بقصد الرد لا يمكن أن يكون إلا مع الإلتفات إلى الشيء المردود، والمفروض أن المالك غافل عن العقد كما ذكرنا.

هذا كله بناء على أن الرد كما يكون بالألفاظ يكون بالفعل الكاشف عن عدم موافقة المالك على العقد، أما بناء على عدم كفايته وأنه لا يتم إلا بالألفاظ كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء لا يبقى مجال للاكتفاء بمثل هذا النوع من التصرفات في إلغاء العقد الواقع فضولاً، وفيما يخص التصرفات المتلفة للمبيع يبطل الفضولي فيها من حيث انتفاء الموضوع لا من حيث إن التصرف من مصاديق الرد المبطل لعقد الفضولي[1].

ومجمل القول: أنه بعد البناء على أن الرد ليس للشارع اصطلاح خاص بالنسبة اليه وأنه يتحقق بالفعل الكاشف عن عدم موافقته على العقد كما يتحقق بالألفاظ بعد البناء على ذلك فكل تصرف في المبيع الذي وقع عليه العقد فضولاً إذا صدر من المالك بقصد الإعراض عن العقد سواء في ذلك البيع أو الاجارة أو الرهن ونحو ذلك من التصرفات، هذا التصرف يكون من مصاديق الرد ولا تنفع بعده إجازة المالك إذا صدر هذا التصرف من المالك بعد علمه بالعقد.

فلو كان المالك جاهلاً بوقوع العقد على ماله أو غافلاً وتصرف في المبيع بهذا النحو من التصرفات، أو كان تصرفه لا يتنافى مع تمليك الغير كما لو أجر المبيع مثلاً أو أعاره للانتفاع به بعض الوقت ونحو ذلك من التصرفات التي لا يراها العرف منافية لإمضاء البيع وإقراره فلا تكون هذه التصرفات مانعة عن نفوذ العقد بالاجازة من المالك.

---

(١) انظر منية الطالب، وبلغة الفقيه والمكاسب وغيرها.

ثم إنه إذا لم يجز المالك العقد الواقع على ماله فضولاً، فإن كان ماله بيده فلا حق له على أحد، وإن كان بيد المشتري فله أن ينتزعه منه، ويرجع عليه بمنافعه التي استوفاها كما ذهب إلى ذلك جماعة من الفقهاء بالنسبة إلى منافع المبيع بالبيع الفاسد، وأن تلف المبيع في يد المشتري فللمالك أن يرجع على من تلف بيده بقيمة يوم التلف كما هو المشهور بين الفقهاء[1].

هذه صورة مجملة عن حكم المال التالف الذي جرى عليه العقد فضولاً، وأما حكم الثمن المدفوع من قبل المشتري إلى البائع، والنفقات والغرامات التي تحملها المشتري نتيجة لذلك العقد والمنافع التي استوفاها من المبيع ونحو ذلك.

ومجمل القول في ذلك أن المشتري إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يملك المبيع وأنه يبيع عن غيره فضولاً، ففي مثل ذلك له أن يرجع على البائع بالثمن الذي دفعه إليه في مقابل المبيع إذا رفض المالك العقد الواقع على ماله، وقد ادعى في مفتاح الكرامة الإجماع على ذلك، لأنه قد سلطه عليه في مقابل المبيع لإعتقاده بأنه يملك التصرف فيه والمعاوضة عليه، هذا بالإضافة إلى الحديث الذي اعتبره الفقهاء أصلاً من أصول الضمان (وهو حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي، حيث إنه ينص على أن ما أخذته اليد واستولت عليه مضمون إلى أن تؤدي بنفسه أو بدله، وإن كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك المبيع وأنه يتصرف فيه فضولاً، فلو دفع الثمن إلى البائع والحال هذه وكانت عينه لا تزال قائمة فقد اختار أكثر الفقهاء عدم تغريم البائع للثمن المدفوع له عوضاً عن المبيع، كما نص على ذلك المحقق في جامع المقاصد والشهيد في الروضة وغيرهما، ونص جماعة من الفقهاء منهم

---

(١) وذهب جماعة إلى أنه يرجع عليه بأعلى أثمانه من تاريخ استيلائه عليه إلى يوم تلفه فيما لو تفاوتت قيمته خلال هذه المدة، وللفقهاء أقوال أخرى في هذه المسألة يجدها المتتبع في المجاميع الفقهية كجواهر الكلام والمكاسب وجامع المقاصد والحدائق والرياض وغيرها.

العلامة الحلي على أن للمشتري الرجوع على البائع بما دفعه إليه في مقابل المبيع، لأنه وإن كان عالماً بأن البائع لا يملك المبيع ولكنه لم يدفع له الثمن مجاناً وبدون مقابل، وإنما سلطه عليه في مقابل المبيع على أمل أن يقر المالك العقد الواقع بينه وبين الفضولي، على أنه لو افترضنا أن المشتري قد سلطه عليه بدون مقابل، فمجرد التسليط لا يكفي في تمليك البائع للثمن، ولذا فإن البائع لا يملك الثمن فيما لو كان البيع فاسداً ولو كان المشتري عالماً بالفساد مع أنه في هذه الحالة قد سلطه على الثمن(١).

وإن كان الثمن تالفاً فالمشهور بين الفقهاء أن المشتري لا يرجع على البائع بالعوض، قال الشيخ الأنصاري في المكاسب: وأما لو كان الثمن تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكي عن العلامة وولده والشهيدين والمحقق الحلي وغيرهم من الفقهاء الإتفاق على ذلك، لأنه قد سلطه على الثمن بلا عوض، ومجرد أنه قد دفعه في مقابل المبيع لا يكفي لكونه مضموناً عليه ما دام يعلم بأنه لا يملك المبيع وإن المالك قد يقر البيع وقد لا يقره(٢).

أما بالنسبة إلى الغرامات التي دفعها المشتري إلى المالك كزيادة قيمة المبيع على الثمن فيما لو تلف بيد المشتري، وعوض المنافع المستوفاة، كما لو باع الفضولي داراً لغيره وسكنها المشتري ولم يقر المالك البيع ورجع عليه بعوض المنفعة التي استوفاها، وكذا بالنسبة إلى الغرامات التي دفعها المشتري كما لو احتاجت العين المبيعة لبعض النفقات ونحو ذلك مما يغرمه المشتري للمالك أو ينفقه على المبيع، والظاهر أن الفقهاء متفقون على أن المشتري لا يرجع على البائع بشيء من ذلك.

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة: والظاهر أنه لا إشكال في عدم الرجوع على البائع بشيء إذا كان المشتري عالماً بالفضولية.

---

(١) انظر نهج الفقاهة ص ٢٦٥.

(٢) وليس ببعيد شمول أدلة الضمان للمقام من غير فرق بين أن يكون الثمن باقياً أو تالفاً لأن =

وقال في الجواهر: لا خلاف ولا إشكال في ذلك لعدم الدليل على الرجوع على البائع، والأصل يقتضي عدمه، ويبدو من الجواهر أنه لم يخالف أحد من الفقهاء في أن المشتري مع علمه بالفضولية ليس له أن يرجع على البائع فيما أنفقه على المبيع وفيما دفعه إلى المالك عوضاً عن المنافع وغيرها، أما إذا كان المشتري جاهلاً بالفضولية ومعتقداً بأن البائع هو المالك للمبيع، فالذي نص عليه جماعة من الفقهاء أن للمشتري الحق في الرجوع على البائع فيما اغترمه للمالك وفيما أنفقه على المبيع لأنه قد غرر به وسبب له هذه المصارفات، وأضافوا إلى ذلك بأن هذه المسألة أشبه بشاهد الزور من أي شيء آخر حيث يرجع عليه المدعي عليه فيما يغرمه بشهادته إذا تراجع عن شهادته بعد ذلك، بالإضافة إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الدين، وإلى ما جاء في رواية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) وقد سأله عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال (ع): يأخذ الجارية مستحقها، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه.

هذا بالنسبة إلى ما أنفقه المشتري على المبيع بدون مقابل له، أما لو استفاد منه في مقابل ما أنفقه عليه، كما لو سكن الدار مثلاً واستفاد بلبن الدابة التي استلمها من الفضولي فقد الحق هذه الصورة جماعة من الفقهاء بالصورة الأولى، لأنه غرر به ولأن المقام شبيه بمن قدم لآخر طعام غيره فأكله معتقداً بأنه له فتبين أنه لشخص آخر، فإنه يضمن له ما يدفعه إلى مالك الطعام، بالإضافة إلى رواية جميل بن دراج المتقدمة حيث نصت على رجوع المشتري على البائع بما يغرمه لمالك الجارية مع العلم بأن المشتري قد استمتع بالجارية في مقابل الثمن وأصبح ولده منها حراً، وحريته من المنافع التي تعادل الثمن الذي دفعه في مقابله.

مالك الثمن لم يقدم على إتلاف ماله ولم يسلط الغير عليه بدون مقابل وإنما دفعه إليه ظناً منه بأن المالك سيقر هذا التصرف من الفضولي كما هو ظاهر.

ورجح جماعة من الفقهاء ومنهم السيد في الرياض والشيخ في الجواهر عدم الرجوع على البائع في هذه الصورة، لأن المشتري قد استفاد في مقابل المال المدفوع للمالك[1].

والخلاف بعينه واقع بالنسبة إلى المال المدفوع للمالك عوضاً عن الزيادة الطارئة على قيمة المبيع، كما لو ارتفعت قيمة المبيع وهو في يد المشتري قبل تلفه، وكما لو باع الفضولي ما تساوي قيمته عشرين بعشرة مثلاً وتلف عند المشتري ونحو ذلك، وليس ببعيد أن يكون الرجوع على البائع في المقام أكثر أنصاراً من الرجوع عليه في مسألة ما لو استفاد المشتري في مقابل ما أنفقه أو اغترمه للمالك، حيث إن غرامته لم تذهب بدون مقابل في تلك المسألة بخلاف مسألتنا هذه فإنه لم يستفد في مقابل الزيادة شيئاً وقد تسببت عن إغراء البائع وتغريره له.

وقد اعتبر بعض الفقهاء التغرير من جملة أسباب الضمان اعتماداً على بعض النصوص الواردة فيمن زوج رجل امرأة ووصفها له بما يخالف واقعها وقد أجاب الإمام (ع) بأن الزوج يرجع بالمهر على من غره ودلس عليه، والنصوص الواردة لبيان حكم شاهد الزور وأنه يضمن للمشهود عليه ما يغرمه للمدعي بسبب شهادته، بالإضافة إلى الحديث المروي عن النبي (ص) وقد جاء فيه «المغرور يرجع إلى من غره» ومن مجموع هذه الأدلة بضميمة قاعدة الضرر استنتج بعض الفقهاء قاعدة التغرير واعتبرها أصلاً عاماً في باب الضمان، ولكن جماعة من الفقهاء لم تتوفر لديهم القناعة التامة من مجموع هذه الأدلة ولم يعتبروا الغرور بنفسه كافياً لتضمين الغار إلا إذا توفرت في الغار الشروط التي لا بد منها في التضمين بنحو يرجع الغار إلى كونه متلفاً بنظر العرف لمال المغرور أو سبباً في الإتلاف ونحو ذلك من الموارد التي اعتبرها الشارع من موجبات الضمان[2].

---

(١) انظر نهج الفقاهة والجواهر كتاب التاجر.

(٢) انظر نهج الفقاهة للسيد الحكيم ص ٢٧٢ و٢٧٣ وانظر كتابنا المبادىء العامة للفقه الجعفري ص ١٣٦ و١٣٧.

الفضولي والمذاهب الأربعة

لقد تبين من جميع ما تقدم أن عقد الفضولي بجميع صوره وأقسامه التي أوردناها من العقود الصحيحة إذا أجازها المالك عند أكثر الفقهاء الجعفريين، ولاسيما إذا باع الفضولي أو اشترى للمالك، ويبدو من مصادر الفقه على المذاهب الأربعة أن فقهاء هذه المذاهب أقل تحمساً وتمسكاً بالفضولي من الجعفريين، فقد جاء في بداية المجتهد: أن الشوافع قالوا بفساده سواء كانت الفضولية في البيع أو الشراء، وصححه المالكية في الحالتين، وفصل الأحناف بين البيع فضولاً والشراء فأجازوه في الأول وأبطلوه في الثاني.

قال في بداية المجتهد: واختلفوا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضي به صاحب المال أمضى البيع وإلا فسخ، وكذلك في شراء رجل لآخر بغير إذنه على أنه إن رضي صح الشراء وإلا فلا، فمنعه الشافعي في الحالتين، وأجازه مالك فيهما، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال: يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء، وأضاف إلى ذلك: أن عمدة المالكية هو ما روي عن النبي (ص) أنه دفع ديناراً إلى عروة البارقي ليشتري به شاة فاشترى شاتين.

واعتمد الشوافع على المرويات عن الرسول (ص) الناهية عن بيع ما

ليس ملكاً للبائع(١).

ويؤيد ذلك ما جاء في الفقه على المذاهب الأربعة. أن الشافعية يشترطون لصحة البيع اثنين وعشرين شرطاً، منها أربعة في العاقد ومن جملتها أن يكون له على المبيع ولاية، فإذا لم يكن له ذلك يبطل العقد الواقع منه فضولاً.

وجاء فيه أن الأحناف يشترطون في المبيع أن يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه، ولم يرد نص صريح على التفصيل الذي نسبه إليهم في بداية المجتهد، ولعله انتزعه من قولهم: لا بد وأن يكون مملوكاً للبائع إذا أراد أن يبيعه لنفسه، ومعنى ذلك أنه لو أراد أن يبيعه لمالكه تكفيه إجازة المالك وموافقته على العقد كما يفهم من اشتراط كونه مملوكاً للبائع فيما لو باع لنفسه.

ونص في الكتاب المذكور على أن المالكية يعتبرون في العاقد أن يكون مالكاً أو وكيلاً عن المالك وأن بيع الفضولي يقع صحيحاً ولا يلزم إلا بعد إجازة المالك له.

وجاء فيه أيضاً: أن الحنابلة يشترطون في المبيع أن يكون مملوكاً لبائعه وقت العقد ملكاً تاماً، ولذلك فقد نسب إليهم القول بالبطلان كما نص على ذلك الدكتور محمد يوسف(٢).

---

(١) انظر بداية المجتهد لابن رشد المجلد الثاني ص ١٧١.

(٢) انظر الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات ص ١٦٦ و١٦٧ و١٦٨ والمدخل لدراسة نظام المعاملات حيث نسب إلى الأصناف والمالكية القول بالصحة مع الإجازة، ونسب إلى الشوافع والحنابلة البطلان ص ٢٩٢ و٢٩٣ وانظر فيما يتعلق بالفضولية في البيع، والشراء عند الأصناف المدخل للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٦ حيث نقل عن البدائع المجلد الخامس والحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم ما يشعر بالتفرقة بينهما.

وقال الأستاذ الشيخ علي الخفيف: ان الشرعيين يريدون بالفضولي من يتصرف تصرفاً لا شأن له به وليست له ولاية إصداره، كمن يبيع ملك غيره بدن إذن منه ولا ولاية له عليه، أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذنه.

ثم قال: إن حكم ما يباشره الفضولي إذا تولى عقداً من العقود يكون موقوفاً على إجازة من له الشأن فيه، فإن باع أو أجر أو رهن كان عقده موقوفاً على إجازة مالك المبيع والعين المستأجرة أو المرتهنة، وإن طلق كان الطلاق موقوفاً على إجازة الزوج، فإن أجاز نفذ العقد من حين وقوعه وإن رفض بطل أيضاً(١).

وفيما يتعلق بالإجازة فقد نص الأستاذ الخفيف أنها إنما تؤثر في صحة العقد بشرطين:

الأول: أن لا يجد العقد نفاذاً على الفضولي نفسه، بأن لا يكون بالإمكان تنفيذه عليه، فإن وجد نفاذاً ولم يجزه من له الشأن نفذ على الفضولي ولزم إن كان لازماً، وذلك كما لو اشترى الفضولي عيناً من الأعيان لشخص، فإن الشراء يكون نافذاً على الفضولي نفسه إذا لم يرض به ذلك الشخص لنفسه، لأن الفضولي ملتزم بالعقد أمام البائع، ولا يسأل أمام البائع غيره وفي الإمكان إلزامه باعتباره مشترياً لنفسه، فينفذ العقد عليه ويلزم به. أما إذا باع ملك غيره لم يكن بالإمكان إلزامه بذلك العقد إذا لم يجزه ذلك الغير، لأن نفاذه عليه يستلزم الاضرار به، وذلك ببيع ملكه من غير رضاه فلا ينفذ هذا العقد على أحد(٢).

ويبدو من ذلك أنه يفرق بين الفضولية في البيع والشراء، فالشراء فضولاً ينفذ على المشتري إذا رفض من وقع الشراء له الإجازة، والبيع عن

---

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٢٣.
(٢) نفس المصدر ص ١٢٣.

المالك فضولاً ينفذ على المالك إذا أجازه وإذا رفضه يقع لغواً ولا ينفذ على أحد.

ومقتضى التعليل الذي اعتمده للفرق بين الأمرين هو عدم نفوذه على المشتري لأنه لم يلتزم الشراء لنفسه بل التزمه لغيره، فإذا لم يجز الغير ورفض الشراء يجب أن يكون العقد لغواً لأن الزام المشتري به في هذه الحالة إضرار به، هذا بالإضافة إلى أن قصد المتعاقدين لا بد من مراعاته في العقود، والمفروض أن المشتري قد اشترى لغيره ولم يقصد الشراء لنفسه.

الشرط الثاني: من شرطي نفوذ الاجازة أن يكون للعقد مجيز حين إنشائه، كأن يبيع عقار رشيد أو عقار صغير بمثل قيمته، فإن للمالك الرشيد الحق في إجازته وينفذ العقد من حين صدوره، لأن له أن يتولى البيع بنفسه، ولولي الصغير الحق في إجازة العقد، لأن له إنشائه أيضاً، ولو باع عقار الصغير فضولا بغبن فاحش لا يتسامح الناس بمثله، أو طلق زوجته أو وهب ماله فضولاً يكون العقد باطلاً لا تصححه الاجازة لأن هذا العقد ليس له مجيز حين صدوره، حيث ان الصغير ليس أهلاً للاجازة، والولي ليس له الحق في إجازته مع الغبن الفاحش المضر بحال الصغير، كما وأنه لا يملك الموافقة على طلاق زوجة الصغير وهبة أمواله[1].

وقد ذكرنا رأي الجعفريين في هذه المسألة، وأن أكثرهم يرجح صحة الفضولي ولو لم يكن للعقد مجيز حين إنشائه، كما لو باع شخص مال اليتيم ولم يكن البيع مصلحة له، أو زوج شخص الصغير الذي لا ولي له حين العقد، فإذا بلغ تصح منه الإجازة وينفذ العقد، ولم يخالف بذلك إلا العلامة الحلي والإسكافي من فقهاء الشيعة.

والظاهر أن النزاع بين الجعفريين في أن الإجازة تصحح العقد من حين صدوره أو من حين صدورها، هذا النزاع لا أثر له في فقه السنة، ذلك لأن

(١) انظر المصدر السابق ص ١٢٤ والفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٩٦.

القائلين بصحة الفضولي ولزومه بالإجازة يصرحون بأن آثار العقد تترتب عليه من حين صدوره، وان جميع زوائد المبيع ونمائه الحاصلة بين العقد والإجازة هي للمشتري.

وقال الشيخ علي الخفيف: وإجازة العقد تجعله وكيلاً في إصداره، وكأنه قد وكله بذلك قبل مباشرته، ولذا قال الفقهاء: الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة فيصير العقد نافذاً من وقت إنشائه.

وأضاف إلى ذلك أن الإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت فيها الشروط التالية:

الأول: أن تكون ممن له ولاية إنشاء العقد، فلو وقعت من غيره لا تؤثر في صحته.

الثاني: أن تصدر حال حياة الفضولي لأنه ينقلب بها وكيلاً عنه في بيع ماله، فإذا توفى الفضولي البائع المؤجر لم يصح العقد بإجازة المالك، نعم إذا كان فضولياً في الزواج والطلاق ونحوهما من العقود التي لا ينقلب الفضولي فيها إلى وكيل بعد الإجازة، هذا النوع من العقود يصح بالإجازة من المالك ولو كانت بعد وفاة العاقد الفضولي، لأن الفضولي في هذه العقود تنتهي مهمته بإنشاء الصيغة ولذا فإنه لا يملك إبطالها بعد إنشائها، وينتج من تصنيف العقود من ناحية الإجازة، أنه لو باع شخص مال غيره فضولاً ومات قبل إجازة المالك لم تعد الإجازة صالحة لتصحيح العقد وترتيب الآثار عليه، ولو زوج شخص امرأة فضولاً ومات قبل إجازتها فلها أن تجيز بعد وفاته ويصح نكاحها.

الثالث: أن تكون الإجازة في حياة الطرف الآخر الأصيل، فلا تكفي إجازة عقد البيع بعد وفاة المشتري، ولا إجازة عقد النكاح بعد وفاة الزوج الأصيل[1].

---

(١) لقد ذكرنا أن العقد لا يبطل بموت الأصيل قبل الإجازة عند الإمامية، لأن المال الذي =

الـرابـع: أن لا يعـرض على المبيـع أو الثمن مـا يـوجب هـلاكـه قبـل الإجازة، فلا تكفي إجـازة العقد بعـد تلف المبيع، لأنـه يترتب على الإجـازة نفاذ العقد، ونفاذه بظهور أثره في محله، وإذا كـان محله معدوماً لا يظهـر له أثر فيه[1].

* * *

= أنشأ الأصيل المعاوضة عليه ينتقل بمـوته إلى وراثـه من غير فـرق بين أن تكون الإجـازة كاشفة أو ناقلة، وإذا أصبح المـال ملكاً للوارث فـلا بد من إجـازتهم للعقد الصـادر من مـورثهم فإن أجـازوه صح العقـد من جهتهم وبأجـازة المالـك الآخر يصـح من الطرفين ويلزمهما الوفاء به.

(١) لقد ذكرنا أن الجعفريين يذهبون إلى بطلان العقد وعدم كفاية الإجازة لتصحيحه في مثل هذه الحالات.

(٢) انظر أحكام المعاملات الشرعية للخفيف ص ١٢٥.

الفضولي في التشريع المدني

يدعي الدكتور سليمان مرقس في كتابه نظرية العقد. أن الفضولي الذي بحثه الشرعيون وتعرضوا لأحكامه مسكوت عنه في التشريع المدني، وقد تعرض التشريع المدني لنوع من التصرفات بعنوان الفضالة، وتعرض لأحكامها ونتائجها ولم يلتزم الجانب الذي حدده الشرعيون في أبحاثهم عن تصرفات الفضولي، ومع ذلك فالناحية التي بحثها التشريع بعنوان الفضالة ليست بعيدة عن الفضولية في الفقه الإسلامي بل تلتقي معها في كثير من الأحكام والآثار.

وقد عبر عن الفضولي المبحوث عنه في الفقه الإسلامي بالعقد الموقوف، وفرق بينه وبين العقد القابل للإبطال، بأن القابل للإبطال تترتب عليه آثاره من حين صدوره في حين أن العقد الموقوف لا يترتب عليه أثر إلا بعد الإجازة ممن له التصرف كالمالك والوصي والولي، مع العلم أن كلاً منهما قد توافرت فيه شروط الإنعقاد وشروط الصحة، ومثل للعقد الموقوف بما لو صدر العقد من شخص لا ولاية له على إنشائه، وبما لو تخطى الوكيل والوصي حدود الوكالة والوصاية، واستطرد يقول: وحكم هذا النوع من العقود أنه لا يترتب عليه أي أثر من آثاره على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ترتب أثره على إجازته ممن له حق

مباشرتـه، فإن أجـاز إجازة صحيحـة نفذ العقـد من وقت صدوره، وإن رفض بـطل، فـالإجـازة في عقـد الفضـولي تبعث فيـه الحيـاة، ومضى يقـول: ان الفضولي بالمعنى المتقدم مسكوت عنه في التشريـع المدني، وهـذا السكوت يخول وفقاً للمادة الأولى فقرة ثانية من التقنين المـدني الرجـوع في شأن هـذا العقد إلى مصادر القانون الأخـرى، ومنها الشـريعة الإسـلامية، ويجيـز لنا أن نستمـد من هذه الشـريعة فكـرة العقد المـوقوف لنسـد بها النقص البـادي في التقنين المـدني، وقد أقـر المشرع صـراحة في المـذكرة الإيضـاحية للقـانون رقم ١١٦ سنة ١٩٥٢، الخاص بالولاية على المال حيث صرح بأن عقد الوصي خارج حدود الوصاية يكون موقوفـاً على إجازة المحكمـة ولا ينتج أي أثـر إلا متى تمت إجازته.

ومن ذلك تبين أن الفضولي المبحـوث عنه في الفقـه الإسلامي بـالرغم من أن المشـرعين المدنيين قـد أهملوا الناحيـة التي أهتم بهـا الشـرعيـون في أبحاثهم عنه ومع ذلك فهـو لا يعد من العقـود الفاسـدة عندهم، بـل هو عقـد صحيـح يتم ويتكامـل بإجـازة من له التصـرف في إصداره، ويكـون للإجـازة مفعول رجعي بالنسبة إلى الآثار المقصودة للمتعاقدين، ويشترك الفضـولي مع العقد القابل للإبطال الذي تعرض لأحكامه الفقه المدني كما جـاء في نظريـة العقد للدكتور مرقس، أن كلًا منهمـا يحتاج إلى الإجـازة غير أن إجـازة العقد القابل للإبطال تبعد عنه عوامل الفناء وتقوي فيه عوامل الصحة وتؤيد ما أنتجه من الآثار، أما الإجازة في عقد الفضـولي فإنهـا تبعث فيه الحيـاة وتسمح بـأن تتـرتب عليه الآثـار المقصودة منـه، في حين أن الفضـولي يختلف عن العقـد القابل للإبطال[1] في أن القـابل لـلإبطال ينتـج جميع آثـاره من وقت إبرامـه، وعقـد الفضولي لا ينتـج أي أثر قبـل ورود الإجازة عليـه، ويشترط في صحـة

(١) والعقد القابل للإبـطال هو الـذي يكتمل وجـوده وتتوافـر أركانـه، ولكنه يفقـد شرطـاً من شروط صحة أهم ركن من أركانه وهو الرضا، وذلك فيما لو كان الرضـا فيه مشـوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ونحو ذلك من بواعث الرضا بالعقد.

إجازة العقد القابل للإبطال الشروط التالية:

الأول: علم المجيز بالسبب الذي جعل العقد قابلاً للإبطال واتجاه إرادته نحو التنازل عن حقه في إبطال العقد.

الثاني: زوال ذلك السبب فمن كان عقده قابلاً للإبطال لنقص أهليته أو لكونه مكرهاً لا تصح إجازته إلا بعد زوال هذا السبب بأن يزول عنه الإكراه، أو يصبح كامل الأهلية.

الثالث: أهلية المجيز وقت الإجازة، فلو كان العقد قابلاً للإبطال لغلط أو تدليس ونحوهما من عيوب الإرادة، ولكن العاقد لم يجز العقد إلا بعد أن أصبح محجراً عليه لسفه أو بله وغيرهما فلا تصح إجازته في هذه الحالة[1].

ومما يجدر بنا ذكره أن القانون المدني العراقي قد عالج العقود الموقوفة على حد تعبيرهم في المواد ١٣٥ و١٣٦، وتعرضت المادة ١٣٥ لعقد الفضولي، والمادة ١٣٦ للإجازة وأحكامها، وقد جاء فيه من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك، فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً، ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من الطرف الآخر، وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي يبطل العقد، ويرجع المشتري على الفضولي بالبدل إذا كان قد دفعه إليه، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الأصيل عالماً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء[2].

---

(١) انظر نظرية للدكتور مرقس ص ٢٨٢ و٢٨٣ وص٣١٢ و٣١٣ و٣١٤ وقد أخذ الفقه الجعفري هذه الشروط بعين الاعتبار ولم يعتن بالإجازة بدونها وقد ذكرنا ذلك خلال حديثنا عن الفضولي في الفقه الشيعي.

(٢) لقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء الجعفريين ومنهم الشيخ الأنصاري في مكاسبه قد ذهبوا إلى أن المشتري ليس له أن يرجع على البائع الفضولي فيما لو تلف العوض في يد الفضولي إذا كان عالماً بأنه فضولي في بيعه، لأنه قد سلطه عليه مع العلم بأن المالك قد لا يجيز العقد، كما رجح جماعة من الفقهاء عدم الرجوع عليه بالثمن ولو كان باقياً.

وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها للمشتري وهلكت في يده بدون تعد منه أو تفريط بها فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار أحدهما ورجع عليه سقط حقه عن الآخر[1].

وجاء في المادة١٣٦ فيما يتعلق بإجازة عقد الفضولي: إجازة العقد الموقوف تكون صراحة ودلالة، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة[2].

والمتحصل من هذه المادة أن الإجازة كما تكون بالألفاظ الصريحة تكون بالفعل الدال عليهما وأنها تؤثر في العقد من حين صدوره كما هو مفاد الكشف الحكمي والحقيقي عند الجعفريين، ويكفي في صحتها وجود من يملكها حين العقد[3].

وقد بحث السنهوري في الوسيط موضوع التصرف في ملك الغير بعنوان الفضالة بحثاً موسعاً وكما ذكرنا قد يلتقي في كثير من أمثلته ونتائجه مع الشرعيين في أبحاثهم عن الفضولي وهي من الناحية الموضوعية ترتكز على الأركان الثلاثة التالية:

الأول: أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر كبيع وشراء وإجارة وعمل من الأعمال، وهذا هو الركن المادي على حد تعبير السنهوري.

الثاني: أن يقصد الفضولي بعمله مصلحة رب العمل وهو الركن المعنوي.

الثالث: أن لا يكون ملزماً بما قام به ولا موكلاً فيه ولا منهياً عنه، وقد

(١) وقد اختار أكثر الجعفريين هذا الرأي في مسألة تعاقب الأيادي على ملك الغير.

(٢) انظر الموجز في شرح القانون المدني لعبد المجيد الحكيم ص ٢٨٢.

(٣) وقد اختار العلامة الحلي والفقيه الإسكافي عدم الاكتفاء بوجود المجيز للعقد حين الإجازة بل لا بد من وجوده حين العقد.

مثل للركن الأول بما لو كان وكيلاً عن رب العمل وتجاوز حدود الوكالة، أو استمر بعمله بعد انتهاء مدة وكالته من موكله، أو قبل هبة من الواهب للموهوب له أو أجر عيناً مشاعة بينه وبين شخص آخر، ولا يكفي في الفضالة أن يكون ذلك العمل نافعاً للمنوب عنه، بل لا بد مع ذلك من كونه من الشؤون العاجلة بالنسبة إليه، فإذا كان كذلك كان لازماً على رب العمل، وإذا كان نافعاً ولم يكن من الشؤون العاجلة فلا يجوز للفضولي أن يتدخل ويباشر ذلك العمل، وإذا تدخل لا يكون صاحب العمل ملزماً به، وله أن يجيز تدخل الفضولي في هذه الحالة أي أن العمل لا يكون نافذاً إلا بعد إجازته، والمراد بكونه من الشؤون العاجلة لرب العمل أن يكون ضرورياً بالنسبة إليه، بنحو يكون العمل الذي قام به الفضولي من الأعمال التي لا يتوانى عنها صاحبها، وذلك كما لو أجر ملكاً لغيره لا يمكن استغلاله إلا بالإجازة وكما لو باع بعض محصولاته التي هي في معرض التلف، أو تعاقد الفضولي مع شخص لإصلاح منزل لغيره[1].

ويبدو أن السنهوري يفرق بين الفضولي والفضالة ويعتبر في الفضالة أن تكون نية الفضول متجهة إلى العمل لمصلحة الغير، لأن الفضالة من التفضل على حد تعبيره، فإذا اتجهت نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فلا يكون فضولياً حتى ولو عاد العمل على الغير بالمنفعة، ويترتب على ذلك أنه لو ظن أو اعتقد أنه يعمل لمصلحة نفسه فتبين أن العمل للغير لا يكون فضولياً، وذلك كما لو باع أو أجر مالاً ظن أنه ملكه، فإذا هو لغيره ففي مثل ذلك لا يكون فضولياً بالمعنى المقصود من الفضالة[2].

أما الفضولية بما لها من المعنى الواسع عند الشرعيين التي تشمل التصرف في مال الغير حتى ولو لم يكن فيه مصلحة له، وتشمل تصرف العاقد

---

(١) انظر الوسيط ص ١٢٣٦ و١٢٤٠.

(٢) نفس المصدر

لنفسه كما لو ظن أو اعتقد أن المال له فباعه لنفسه وتبين أنه لغيره، هذا النوع من الفضولية ليس من الفضالة، ولو أجاز المالك العمل الصادر من غيره يخرج عن عنوان الفضالة ويصبح وكيلاً ذلك الغير فيه، لأن الوكالة كما تكون بالإذن السابق كذلك تكون بإجازته المتأخرة سواء كان القائم بالعمل مستوفياً للشروط التي هي من أركان الفضالة، أو لم يكن، فالإجازة المتأخرة تجعل القائم بالعمل وكيلاً من حين تدخله في شؤون الغير، ولو كان المالك أو رب العمل حين تصرف الفضولي غير صالح للإجازة كما لو كان قاصراً أو مكرهاً، ولكنه وقت الإجازة أصبح كامل الأهلية فإجازته تصحح تصرف العاقد من حين صدوره[1].

وقد فرق السنهوري بين أن يتصرف الفضولي لنفسه بمال الغير وبين أن يتصرف به لصاحب المال، ففيما إذا تصرف فيه لصاحب المال بأن باع لصاحب المال أو أجر له فلا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، ويكفي فيه أن يكون مميزاً ولو لم يبلغ سن الرشد، أما إذا تصرف لنفسه بالبيع أو الشراء، أو باشر عملاً في مال الغير باسمه الشخصي فلا بد وأن يكون كامل الأهلية لأنه قد التزم البيع والعمل لنفسه[2].

ولم يفرق الجعفريون بين الفضولي والأصيل من حيث اعتبار الأهلية الكاملة فيهما كالبلوغ والرشد والإختيار وغير ذلك من الشروط التي لا بد منها في المتعاقدين، وليس الفضولي كالوكيل في إجراء العقد، لأن الوكيل يمكن أن يكون آلة في إيجاد العمل المكلف به بنحو لا يكون له أكثر من هذه الصلاحية، ولذا لم يشترط بعض الفقهاء فيه أكثر من كونه مميزاً ولو لم يكن بالغاً رشيداً، على أن أكثر الفقهاء لا يفرقون بين الوكيل والأصيل من هذه

---

(١) نفس المصدر ص ١٢٤٣ وقد ذكرنا أن أكثر الجعفريين في فقههم يرون أن الإجازة المتأخرة تكفي لترتيب الآثار على العقد من حين صدوره كما يكتفون بها ممن هو كامل الأهلية حين صدورها وإن لم يكن صالحاً للإجازة حين العقد.

(٢) المصدر السابق ١٢٥٦.

الناحية، ويشترطون فيه أن يكون صالحاً لأن يستقل بنفسه في جميع تصرفاته، كما يبدو ذلك من المجاميع الفقهية الشيعية كالجواهر والحدائق وغيرهما.

وجاء في الوسيط: أن الفضالة لا تنتهي بموت رب العمل بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها مع مورثهم، وأضاف إلى ذلك بأن موقف الفضولي من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه فهو فضولي بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة لمورثهم(١).

والمقصود من ذلك أن تصرفات الفضولي تبقى صالحة للتأثير فيما لو لحقتها الإجازة من الوراث لأنها متعلقة بأموال مورثهم وأموالهم تنتقل إليهم بمجرد موته فيقومون مقامه فيما يعود إلى الأحكام والآثار المترتبة على هذه التصرفات، ولا يضر في ذلك تبدل المالك.

ويلتقي السنهوري في هذا الرأي مع أكثر الفقهاء الجعفريين حيث نصوا على أنه لو مات المالك ينتقل المال موضوع العقد إلى وراثه فلهم إجازته ورده كما كان لمورثهم ذلك، لا من جهة أنهم يرثون الإجازة، بل لأنهم يرثون أصل المال الذي باعه الفضولي أو تصرف فيه بنحو من أنحاء التصرف المحتاج إلى موافقة المالك، فلا بد من إجازتهم وموافقتهم على تصرفات الفضولي(٢).

ومجمل القول إن الفضالة التي يبحث عنها الفقه المدني لا تختلف من الناحية الموضوعية عن الفضولية التي بحثها الشرعيون ذلك لأن قوامها التصرف في مال الغير بيعاً وشراء وإجازة ونحو ذلك، ولكن الشرعيين يبحثون عن هذه التصرفات من حيث كفايتها ونفوذها بعد الموافقة عليها من المالك سواء كانت من الشؤون العاجلة بالنسبة إليه أو لم تكن وسواء أكانت لمصلحته أو لمصلحة العاقد أو لغير ذلك من الجهات ولا يرون المالك ملزماً بشيء

---

(١) انظر ص ١٢٦١ من الكتاب المذكور.

(٢) انظر صفحة ٢٤٢ من نهج الفقاهة للسيد الحكيم.

لمصلحة الفضولي حتى ولو أنفق على المال الذي تصرف فيه بالبيع والشراء أو بغيرهما من الأعمال أو تحمل في سبيله بعض المتاعب والأضرار لأنه متبرع في أعماله وتصرفاته. والمدنيون يبحثون عن الفضالة بعد وجود أركانها الثلاثة التي ذكرناها من ناحية الفوائد المترتبة عليها للفضولي ولرب العمل، ويرون المالك ملزماً بأربعة أمور للفضولي:

الأول: تنفيذ التعهدات وجميع الأعمال التي قام بها الفضولي بالنيابة عنه.

الثاني: أن يدفع إلى الفضولي تعويضاً عن التعهد الذي عقده باسمه.

الثالث: أن يرد إليه النفقات الضرورية التي أنفقها، وأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذي قام به من اختصاصه.

الرابع: أن يعوض على الفضولي في مقابل الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل.

هذه الالتزامات الأربعة لا بد من تنفيذها كما تنص على ذلك المادة ١٩٥، وإذا لم يكن لرب العمل مصلحة في العمل ولم يكن من المصالح المستعجلة بالنسبة إليه لا يجوز للفضولي أن يتدخل وأن يقوم بأي تصرف في مال الغير، وإذا تصرف والحال هذه لا يكون رب العمل ملزماً له بشيء، ولكنه إذا رأى أن يجيز تصرفه، فإن الإجازة تجعل العمل نافذاً في حق المجيز وفقاً للقواعد العامة ويصبح وكيلاً عنه في التصرف أي أن أحكام الوكالة تعطى لهذا التصرف ويخرج بذلك عن الفضالة التي يبحث عن أحكامها وآثارها الفقه المدني[1].

---

(١) انظر الوسيط ص ١٢٣٦، وقال الدكتور محمد يوسف في كتابه المدخل: وقد نظر القانون المدني نظرة طيبة لتصرفات الفضولي إذا فرض فيه حسن النية بما يقوم به من تصرفات للغير بقصد الخير لهم، ولهذا تقول المادة ١٩٠ تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي.

الفصل الثالث

في محل العقد

الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد

لا يعطي العقد النتائج المطلوبة للمتعاقدين إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية:

الأولى: أن يكون للعوضين مالية بنظر العرف والشرع، ومعنى ذلك أن لا يكون الشيء الذي يراه العرف من الأموال قد نهى الشارع عن التعامل به، كالخمر والخنزير والحشرات ونحو ذلك، والمراد من المال هو الذي يصلح للانتفاع سواء أمكن الانتفاع به مع بقاء أصله كالأملاك والعقارات ونحوهما، أم كان الانتفاع به مستلزماً لإتلافه كالحبوب وجميع المأكولات وما أشبه ذلك، وسواء كانت مالية الشيء بالإعتبار وقوة النفوذ كالأوراق النقدية وغيرهما مما تعارف التعامل به وبذل الأموال في مقابله، أم كانت ماليته من حيث ذاته كالحبوب التي لا يستغني عنها عامة الناس والمجوهرات والذهب والفضة ونحو ذلك مما لا يحتاج إلى السلطان وغيره ممن بيدهم القوة والنفوذ، ومن ذلك تبين أن الشيء الذي تصح المعاوضة عليه لا بد وأن يكون مالاً بنظر العرف من غير فرق بين أن تكون ماليته ملازمة لذاته وبين أن تكون عارضة عليه بسبب اعتبارها من أصحاب القوة والنفوذ أو من غيرهما. كما لو دعت

الحاجة إلى استعمال بعض الأعشاب للتداوي، وشاع نفعها لذلك المرض بين الناس فبطبيعة الحال يصبح لذلك الدواء مالية بنظر العرف، وقد يبذلون في سبيله أغلى الأثمان ويتنافسون على الإتجار به، وحينئذ فما ليس مالاً بنظر العرف كالحشرات ونحوها لا يصح التعاقد عليه، كما وأن الأشياء التي أسقط الشارع ماليتها كالخمر والخنزير والميتة والفضلات ونحو ذلك لا يصح الإتجار بها لأن الشارع لم يحترم ماليتها ولم يقر التعامل بها، ولا ملازمة بين سلب المالية عن الشيء وسلب الملكية عنه، ذلك لأن الملكية قوامها ذات الشيء، والمالية تتقوم بما يترتب على الشيء من الفوائد والمنافع، ومعلوم أن الاتجار والتعامل بين الناس لغاية الانتفاع ودفع الضرورات، وإذا لم يكن للشيء مالية لا تحصل الغاية المطلوبة من المعاملة، ولذلك لا يكفي في العوضين أن يكونا مملوكين للمتعاقدين إذا لم يكن لهما مالية بنحو من الأنماء التي ذكرناها.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: إن كل ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً فلا أشكال ولا خلاف في عدم وقوعه عوضاً في المعاملة، وما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل بنظر العرف فالظاهر فساد المقابلة بينه وبين المال، وإذا لم نتحقق ذلك من العرف، فإن ثبت بدليل من نص أو إجماع عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى جواز الرجوع فيه إلى عمومات صحة البيع والإجارة، بالإضافة إلى ما جاء عن الإمام (ع): كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فذلك حلال بيعه وشرائه».

ولم يخالف في اعتبار هذا الشرط في العوضين أحد من الفقهاء الجعفريين، وغيرهم من فقهاء المذاهب الإسلامية كما يبدو ذلك من بعض النصوص الفقهية.

فقد جاء في كشف القناع المجلد الثاني: أن من شروط المبيع والثمن أن يكونا مالين، والمال شرعاً هو ما أبيح الانتفاع به من الأعيان والمنافع من غير حاجة أو ضرورة، ويخرج من ذلك ما لا نفع فيه أصلاً كالحشرات وما فيه

منفعة محرمة كالخمر أو منفعة للحاجة كالكلب، أو للضرورة كالميتة حال المخمصة[1].

وقال في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الأربعة: الشرط الرابع أن يكون المبيع مالاً متقوماً شرعاً، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه من كل ما لا يباح الانتفاع به شرعاً، وكذلك لا ينعقد بيع اليسير من المال كحبة من حنطة لأنها ليست مالاً متقوماً، وأضاف إلى ذلك: أنه يشترط في كل واحد من العوضين أن يكون مالاً قائماً فإذا عدم أحدهما لا ينعقد البيع[2].

الشرط الثاني: أن يكون الثمن والمبيع مملوكين للبائع والمشتري، ولازم ذلك عدم جواز بيع المشاعات بين جميع الناس كالماء والأعشاب والهواء والأسماك قبل اصطيادها والطير في الهواء والوحوش في البراري وغير ذلك مما يشترك به جميع الناس قبل حيازته ومن ذلك الأراضي التي يستولي عليها المسلمون في حروبهم مع غير المسلمين بقوة السلاح وذلك إذا كانت عامرة حينذاك، ذلك لأنها ملك لجميع المسلمين، والمراد من ملكيتهم لها هو أنها تصرف في مصالحهم حسبما يراه الحاكم العادل المتولي لأمورهم.

قال الشيخ مرتضى في المكاسب: وإن رفعت يده عنها قهراً وعنوة فهي كسائر ما لا ينتقل من الغنيمة كالنخل والأشجار والنبات للمسلمين كافة إجماعاً على ما حكاه في الخلاف والتذكرة وغيرهما[3] وأضاف إلى ذلك: أن النصوص بذلك مستفيضة، منها رواية الحلبي عن الإمام الصادق (ع). أن السواد لجميع المسلمين لمن هو اليوم، ولمن دخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد. وجاء في رواية حماد بن عيسى عن أحد الأئمة (ع):

---

(١) انظر الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦١ وص ٥٩ من أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف.

(٢) انظر ص ١٦٧ من المجلد الثاني الفقه على المذاهب الأربعة.

(٣) الخلاف والتذكرة كتابان في الفقه الجعفري الأول منهما للشيخ الطوسي والثاني للعلامة الحلي.

والأرض التي أخذت بخيل وركاب هي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها، ويقوم عليها على قدر ما صالحهم الوالي من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على ما يكون صالحاً لهم ولا يضر بحالهم[1].

ومن ذلك تبين أن السبب في عدم جواز بيعها هو عدم كونها مملوكة لهم ملكية مطلقة تبيح لهم التصرف بكل أنواعه، والمراد من ملكيتهم لها من وجد وسيوجد كما جاء في رواية الحلبي عن الصادق (ع) أنها تصرف في مصالحهم برعاية السلطان المتولي لأمورهم.

والظاهر اتفاق المذاهب على ذلك، فقد جاء في المدخل لنظام المعاملات أن الأملاك العامة التي هي تحت إشراف الدولة حالها حال المباحات في عدم جواز بيعها، والنص الحرفي لعبارته: ومثل هذه المباحات في أنها لا تكون موضوعاً للعقد، الأملاك العامة للدولة كالطرقات والأنهار والجسور والقناطر العامة.

وأضاف إلى ذلك في الهامش من ص ٣٦٢: وفي القانون المدني اشتراط أن يكون محل العقد قابلاً للتعامل، وهذا يرجع إلى الفرض الذي خصص الشيء له فما يتنافى معه لا يجوز، وإلا كان جائزاً، وعلى ذلك لا يجوز بيع جانب من الطريق العام أو شاطىء البحر وإن كان يجوز للدولة إجارته[2].

وفي حكم هذا النوع من الأراضي الأوقاف سواء كانت على الجهات العامة كالوقف على الفقراء وعلى المرضى ونحو ذلك من الأوقاف التي يقصد منها تمليك المنفعة على الموقوف عليهم، أو كانت من الأوقاف الخاصة كالمساجد والمقابر والمشاهد المشرفة كمشهد الرسول (ص) والأئمة من ذريته (ع) وغيرهما من الأوقاف، وقد أجمع الفقهاء على عدم جواز بيع

---

(١) انظر المكاسب مبحث شروط العوخين.

(٢) انظر الكتاب المذكور ص ٣٦٢.

الأوقاف بجميع أصنافها وأنواعها، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد هذا الحكم[1].

ويبدو من النصوص الفقهية أن الذي يمنع عن بيع الوقف هو الأمور الثلاثة التالية:

الأول: حق الواقف حيث إنه جعل الموقوف صدقة جارية لينتفع بثوابه ما دام موجوداً وصالحاً للانتفاع.

الثاني: حق الطبقات المتأخرة في المنفعة أو الانتفاع، ذلك الحق الذي جعله الواقف لهم بمقتضى صيغة الوقف التي تدل على ثبوت هذا الحق لجميع الطبقات.

الثالث: حق الله سبحانه لأن الوقت لا بد فيه من التقرب لله، ولأجل ذلك كان أقرب إلى العبادات من المعاملات.

والظاهر أن الإجماع الذي يدعيه الشيخ الأنصاري وغيره عدم جواز بيع الوقف لا يشمل جميع أنواع الوقف، فما كان من نوع المساجد والمقابر والمدارس ونحو ذلك من الأوقاف في وجوه الخير، والتي لم يقصد الواقف من وقفيتها إلا الانتفاع بالعين الموقوفة، وليس فيها ما يشبه التمليك لفئة من الناس أو لطبقة من الطبقات التي تتصل به بنسب أو سبب، هذا النوع من الأوقاف هو المتفق على عدم جواز بيعه عند الفقهاء، أما الأوقاف التي تكون على الطبقات ولا تختص بطبقة دون أخرى، والتي هي أشبه من هذه الناحية بالتمليك لجميع البطون بنحو الترتيب، فليس في النصوص الفقهية الحاكية

---

(١) قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجلة ومحكياً، وأضاف إلى ذلك. أن علي بن راشد قال سألت أبا الحسن (ع): قلت جعلت فداك إني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلما عمرتها خبرت أنها وقف، قال (ع): لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة إلى ملك أدفعها إلى ما وقفت عليه، قلت لا أعرف لها رباً. قال تصدق بغلتها.

لآراء الفقهاء ما يؤكد إجماعهم على عدم جواز بيع هذا النوع من الموقوفات، مع العلم بأن الأدلة والنصوص المروية عن الأئمة (ع) بالنسبة إلى الوقف وأحكامه وبخاصة فيما يتعلق بعدم جواز التصرف فيه بالبيع وغيره من التصرفات الناقلة بمقتضى إطلاقها تشمل جميع أنواعه وأصنافه، ومما يدل على أن الفقهاء لم يجمعوا على عدم جواز بيع الوقف بجميع أنواعه، إن جماعة منهم قد صرحوا بجواز بيع الوقف في بعض الحالات وفيما لو طرأ عليه ما يعرضه للتلف، وقد أورد الفقهاء في مجاميعهم الفقيه مجموعة من الظروف الطارئة التي تسوغ للموقوف عليهم أو لولي الوقف بيع الموقوف وصرفه لمصلحة الموقوف عليهم أو استبداله بغيره بنحو تتحقق الفائدة التي قصدها الواقف[1].

وكما لا يصح بيع الوقف لخروجه عن ملك الواقف ولعدم كونه مملوكاً لأحد، كذلك لا يصح بيع العين المرهونة، لأن سلطنة المالك عليها لا تتسع لمثل هذا النوع من التصرف بعد أن تعلق للغير حق بالعين المرهونة، والمراد من عدم صحة البيع في مثل ذلك، هو عدم استقلال المالك في البيع، كما نص على ذلك أكثر الفقهاء، فإذا باع المالك لا ينفذ البيع إلا بعد إجازة الراهن، كما وأن النصوص التي تعرضت لحكم الأعيان المرهونة لا تدل على بطلان العقد الواقع عليها، فقد جاء عن النبي (ص): أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف».

ومن الجائز القريب أن يكون المراد من منعهما من التصرف، هو عدم استقلال كل منهما بالتصرف فيها تصرفاً يزاحم حق الآخر، وهذا لا يمنع من صحة تصرف كل منهما إذا أجازه الآخر ووافق عليه، على أن النصوص التي تدل على صحة الفضولي بالإجازة من المالك، تدل على صحة التصرف الواقع من المالك إذا أجازه الراهن بالأولوية.

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري الفصل الذي عقده في مسوغات بيع الوقف.

هذا بالإضافة إلى أن الإمام (ع) قد أجاب من سأله عن نكاح العبد بدون إذن من سيده: أن العبد لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز فهو له جائز» والمقصود من ذلك أن ما يكون منهياً عنه من جهة حقوق الناس، هذا النهي لا يوجب بطلان العمل ولا المسؤولية والمؤاخذة عليه إذا رضي صاحب الحق وأجاز التصرفات الواقعة بغير إذنه، لذا فإن جماعة من متقدمي الفقهاء ومتأخريهم قد ذهبوا إلى صحة العقد الواقع من المالك إذا أجازه الراهن، وصحته من الراهن لو أجازه المالك[1].

ويظهر من الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد: أن هذين الشرطين لا بد من توفرهما في محل العقد، فلقد جاء في الكتاب المذكور: أن الأشياء التي لا يقع عليها العقد منها ما هو خارج عن العقد بطبيعته، ومنها ما يخرج عن التعامل بحكم القانون، وقد مثل للأول بالأشياء التي لا يمكن لأحد أن يستأثر بها، وذلك كالمباحات التي يشترك بالانتفاع بها جميع الناس ولا يمنع منها أحدهم الآخر، كالماء والهواء وأشعة الشمس وغير ذلك من المباحات العامة، ومثل للثاني بالأموال العامة، والأعيان الموقوتة.

قال: والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي أولاً الأشياء التي ورد بشأنها نص خاص يمنع التعامل فيها سواء كان ذلك نظراً للغرض الذي خصص له الشيء كما في الأموال العامة والأعيان الموقوفة، أم كان نظراً للخطر الناشىء عن التعامل فيه كالحيوانات الموبوءة والحشيش والأفيون، وأضاف إلى ذلك: ويخرج عن التعامل بحكم القانون أيضاً الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام والآداب ولو لم ينص القانون على اعتبارها خارجة عن التعامل وقد مثل لذلك بأعضاء الإنسان وبيوت القمار.

وفيما يتعلق بالشرط الأول الذي ذكرناه وهو مالية العوضين: قال إن الحقوق غير المالية تعتبر خارجة عن التعامل فلا يجوز بيعها ولا التعامل عليها

---

(١) المكاسب مبحث عدم جواز بيع الأعيان المرهونة، ونهج الفقاهة ومنية الطاب.

بأي عقد من العقود التي تشبه البيع في نتيجتها، ومثل لذلك بالحقوق السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح في الانتخابات وحق الحرية الشخصية وحرية العمل والرأي والولاية والسلطة الزوجية ونحو ذلك[1].

وهذه الحقوق لا يصح بيعها ولا يقع التعامل عليها لأنها ليست مالاً ولازم ذلك أن كل ما ليس بمال سواء كان من الأعيان الخارجية أو من الحقوق لا يصح العقد الواقع عليه ولا يصلح لأن يكون عوضاً في المعاملات.

* * *

(١) انظر نظرية العقد للدكتور مرقس ص ١٩٠ و١٩١.

من شرائط المحل القدرة على التسليم

ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد أن يكون كل من الثمن والمبيع ني تصرف البائع والمشتري، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء كما نص على ذلك المحقق الكركي في جامع المقاصد، والعلامة الحلي في التذكرة وغيرهما، ومن أمثلة ذلك بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ونحو ذلك.

واستدلوا على ذلك بما جاء عن النبي (ص): أنه نهى عن بيع الغرر، والمراد من بيع الغرر هو البيع المشتمل على تغرير البائع أو المشتري من حيث إقدامها على ما لا يوثق بحصوله أو على مجهول لأحدهما بنحو لا يطمئن كل منهما بوجود المقابل لماله، ويؤيد ذلك ما جاء عن الأزهري: من أن بيع الغرر ما كان على غير عهدة وثقة، كالبيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول وغير مقدور.

وجاء عن علي (ع): أن الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، ومما لا شك فيه أن بيع غير المقدور يؤدي إلى الإضرار بالمشتري لا سيما إذا كان جاهلاً بأن البائع لا يتمكن من تسليم المبيع إليه.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: وبالجملة فالكل متفقون على أخذ

الجهالة في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كماً وكيفاً.

ويظهر من النصوص الفقهية: أن الفقهاء قد استدلوا بالحديث على بطلان العقد إذا لم يكن العوضان في تصرف البائع والمشتري وتحت سيطرتهما، وفي ذلك ما يشعر بأن الغرر الذي نهى عنه النبي (ص) يتسع لصورة ما إذا لم يكن في مقدور كل منهما تسليم العوض إلى الآخر، على أن ما جاء عن علي (ع) في تفسير الغرر يؤكد اتساع الغرر الذي نهى عنه النبي (ص) لصورة ما إذا لم يكن كل من المتعاقدين قادراً على تسليم العوض إلى الآخر.

ومن جملة الأدلة على عدم صحة العقد إذا لم يكن كل منهما متمكناً من تسليم العوض إلى الآخر، إن الغرض من البيع هو انتفاع كل من الطرفين بالعوض، وإذا لم يكن في وسعهما تسليم العوضين لا تحصل الغاية المقصودة من العقد، هذا بالإضافة إلى أن البائع إذا لم يكن قادراً على تسليم المبيع إلى المشتري يكون بذل الثمن في مقابله سفهاً، وتدخل المعاملة في المعاوضات السفهية.

ومهما كان الحال فالذي يبدو من النصوص الفقهية أن الفقهاء متفقون على اعتبار هذا الشرط في صحة المعاملة، ولكن القدرة على تسليم المبيع إلى المشتري ليست معتبرة لذاتها، بل من حيث وصول كل من العوضين للآخر، ولذا لو كان المشتري قادراً على استلام المبيع والبائع قادراً على التوصل إلى الثمن يصح العقد ولو لم يكن في مقدور كل من البائع والمشتري تسليم العوض إلى الآخر، ومن أمثلة ذلك صحة العقد على الحيوان الشارد إذا كان المشتري قادراً على الاستيلاء عليه، وصحة العقد على الطير المملوك للبائع في حالة طيرانه إذا كان المشتري قادراً على التسلط عليه ولو بإصطياده.

ومجمل القول: إن الأعيان التي لا يقدر مالكها على استغلالها وعلى التصرف بها لا يراها العرف من الأموال التي يصح التعامل بها ومقابلتها بالعوض، ولا تخرج المعاملة عليها عن السفاهة، بالإضافة إلى الوجوه المتقدمة، وفيما لو كان المشتري متمكناً من الاستيلاء على المبيع لا يرى العرف مانعاً من التعامل حتى لم يكن المبيع في تصرف البائع وتحت سيطرته كما مثلنا[1].

وقد نص على اعتبار هذا الشرط جماعة من فقهاء المذاهب الأربعة، ويظهر من الدكتور محمد يوسف أن الفقهاء متفقون على أن محل العقد لا بد وأن يكون مقدوراً للمتعاقدين.

قال: ويشترط في محل العقد أن يكون مقدور التسليم وقت التعاقد، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء جميعاً، ذلك لأن عقود المعاوضات ليس المهم فيها أن يكون المعقود عليه مملوكاً، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون المالك قادراً على تسليمه للطرف الآخر، فالطير في الهواء والسمك في الماء والدار والعقار أو أي شيء آخر في يد الغاصب المستبد، كل ذلك لا يصح العقد عليه.

وقد نص على ذلك علاء الدين الكاساني في المجلد الخامس من البدائع ص ١٤٧ وفي المجلد الرابع ص ١٨٧ من كتاب الإجارة نص على أن من شروط الإجارة أن يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة حقيقة وشرعاً، كما نص بأنه لو ظهر الأيق بعد العقد عليه وأصبح باستطاعة المالك تسليمه إلى المشتري لا بد من تجديد العقد عليه[2].

والذي يظهر من النصوص الفقهية التي أوردها الدكتور محمد يوسف

---

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري، والجواهر للشيخ محمد حسين النجفي كتاب المتاجر.

(٢) انظر الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف ص ٣٦٥.

كشاهد على اعتبار هذا الشرط: أن القدرة لا بد منها حين العقد، فلو تجددت بعده بأن أصبح المبيع في قدرة البائع بعد أن كان ممتنعاً عليه لا يكفي لصحة العقد كما نص على ذلك الكاساني في البدائع، ولا بد من تجديد العقد عليه في هذه الحالة. ومن هنا يبدأ الاختلاف بين الجعفريين وغيرهم من فقهاء السنة، حيث إن جماعة منهم يكتفون بالقدرة المتجددة بعد العقد.

قال السيد محسن الحكيم في نهج الفقاهة: ولو كانت القدرة معلومة الحصول بعد زمان الإستحقاق بمدة، فإن كانت يسيرة يتسامح بها فلا ينبغي الإشكال بالصحة، ولو كانت طويلة مضبوطة لسنة أو أكثر ففي الصحة قولان، ونص المحقق في الشرائع والشيخ النجفي في الجواهر على أن القدرة المتجددة بعد العقد ولو كان الفاصل طويلاً تكفي لصحة العقد كما هو مقتضى الأدلة العامة الدالة على صحة العقود والمعاوضات، وليس في البين ما يمنع عن العمل بتلك الأدلة إلا الإجماع وحديث نفي الغرر المروي عن النبي (ص)، وكلاهما لا يصلحان لذلك أما الإجماع فمورده عدم القدرة على العوضين ولا يشمل صورة تجدد القدرة بعد العقد، هذا بالإضافة إلى انتفائه في المقام مع المخالف، وأما حديث نفي الغرر، فمع تجدد القدرة ينتفي الغرر ولا سيما إذا علم المشتري بأن البائع سيتمكن من تسليمه المبيع بعد برهة من الزمن.

ويؤكد الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد اتفاق المدنيين والشرعيين على هذا الشرط.

قال: إذا كان محل الالتزام أداء عمل أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون هذا الأداء أو الامتناع ممكناً لأن غير الممكن مستحيل، ومن تعهد بمستحيل لا يلزم بشيء لأن تعهده يقع باطلاً كما تنص على ذلك المادة ١٣٢، وأضاف إلى ذلك: وكذا إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء، تعين أن يكون نقل هذا الحق ممكناً وإلا لم ينعقد العقد الذي

يقصد منه إلى إنشاء هذا الالتزام.

والإمكان المرادف للمقدور حسب تعبير الشرعيين، هو أن يكون باستطاعة كل إنسان القيام به، أو كان يستطيع الرجل العادي بملاحظة ظروفه وحالاته أن يقوم بأداء العمل أو الحق الذي التزم نقله إلى الطرف الآخر، فإذا لم يكن الشيء الذي تعهد بنقله إلى المشتري مستطاعاً له بملاحظة ظروفه وحالاته، أو لم يكن مستطاعاً لكل إنسان كان العقد باطلاً.

وقد فرق السنهوري في الوسيط بين أن يكون المحل غير مقدور بالنسبة لجميع الناس وبين أن يكون غير مقدور بالنسبة إلى البائع لا غير، وعبر عن الحالة الأولى بالاستحالة المطلقة وعن الثانية بالاستحالة النسبية، ومثل للصورة الأولى بمن باع لشخص جبلاً وتعهد بتسليمه إلى المشتري ونص على بطلان العقد في مثل ذلك، ومثل للثاني بمن باع ملك غيره وتعهد بنقله إلى المشتري فوراً وعجز عن الوفاء بتعهده بعد صدور البيع فيكون محل الالتزام مستحيلاً في حق البائع لا غير، وفي مثل ذلك لا يبطل العقد من حيث إن المالك قادر على تسليم المبيع إلى المشتري فيما لو وافق على البيع وأجاز العقد(١).

وهنا يختلف الدكتور السنهوري عن غيره في تحديد الاستحالة المطلقة، وقد حددها الدكتور مرقس في نظرية العقد: أن يكون محل العقد مستحيلاً بالنسبة إلى الرجل العادي المحاط بمثل ظروف المتعهد العاقد، والتي منها عدم ملكيته للمبيع بنحو يعجز عن الوفاء بالتزامه، وهذا المقدار من الاستحالة يكفي لبطلان العقد(٢).

ومجمل القول: إن محل العقد سواء كان ثمناً أو مثمناً إذا لم يكن مقدوراً للبائع أو للمشتري لا يصح العقد الواقع عليه، وهذا من غير فرق بين

---

(١) انظر الوسيط ص ٣٨٤ و٣٨٥ من الهامش.

(٢) نظرية العقد ص ١٧٥ و١٧٧.

أن يكون عدم القدرة عليه لأنه غير مملوك للبائع، أو لأنه من نوع الحيوانات الشاردة، أو لأنه في يد الغاصب القوي ومن ناحية القدرة، فالمهم أن يكون مقدوراً للمالك بنحو يقدر على تسليمه للمشتري، فإذا لم يكن مقدوراً بالنسبة إليه يبطل العقد الواقع عليه سواء كان غير مقدور لجميع الناس، أو لفئة منهم، أو لمن كان في مثل ظروف العاقد، أو كان مقدوراً لجميع الناس ولكنه كان ممتنعاً بالنسبة للمالك العاقد.

وقد ذكرنا أن أكثر الجعفريين يكتفون بالقدرة التي تحدث بعد العقد، باعتبار أنها ليست شرطاً تعبديا، وإنما هي ليتمكن كل منهما من تسليم العوض إلى الآخر، ومع حصولها بعد العقد وبخاصة إذا لم يكن الفاصل طويلاً تحصل الغاية المقصودة للمتعاقدين[1].

* * *

(١) وقد نسب الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد إلى الأستاذين محمد أبو زهرو علي الخفيف الاكتفاء بالعقد إذا تجددت القدرة على تسليم المبيع بعده، ص ١٨٠.

ومن الشرائط العلم بالعوضين

ومن الشروط التي يجب أن تتوفر في محل العقد أن يكون كل من الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه: المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدراً، فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعاً، كما في المختلف والتذكرة، وأضاف إلى ذلك: أن كل بيع لم يذكر فيه الثمن باطل بلا خلاف.

والدليل على هذا الحكم ما رواه المسلمون عن النبي (ص) أنه نهى عن بيع الغرر، حيث إن المشتري إذا لم يعلم بالثمن المقابل للمبيع، والبائع إذا يعلم بالعوض المقابل لماله لا يتحقق منهما القصد إلى المبادلة لجواز أن يطلب البائع مالاً يرضي به المشتري، وأن يدفع المشتري مالاً يقبل به البائع، والظاهر أن بطلان العقد في مثل ذلك متفق عليه بين الفقهاء، ولم يخالف فيه سوى الشيخ يوسف البحراني في الحدائق اعتماداً على رواية رواها رفاعة النخاس عن أبي عبد الله الصادق (ع) ولكن عامة الفقهاء لم يعتمدوا عليها لعدم الوثوق بصدورها عن الإمام (ع) ولاشتمالها على بعض الأحكام التي لا يمكن الالتزام بها.

وفيما يتعلق بالمبيع فقد نص جماعة من الفقهاء على أنه لا بد وأن

يكـون معلوماً للمشتـري، وأن العلم به من شـروط صحة العقـد عنـد جميـع الفقهاء.

قال في المكاسب: العلم بقدر المبيع شـرط في صحة العقـد بإجمـاع علمـائنا كمـا عن التذكـرة، وعن الغنية أن العقـد على المجهـول بـاطـل بـلا خلاف، وقد نص صاحب الخلاف على أن ما يباع كيـلاً لا يصح بيعـه جزافـاً وإن كان مشاهداً للمشتري إجماعاً[١].

ويبدو من النصوص الفقهية أنه لا بـد من معرفـة العوضين والعلم بهمـا سواء كانا مما تعارف بيعه بالعدّ أو بالوزن أو بالكيل وبأي طريق حصل العلم بهما بنحو لا تؤدي المعاملة بين المتعاقدين الى التغرير والخصومة، وقد اعتمد الفقهـاء بالإضـافة إلى نهي النبي (ص) عن الغـرر على بعض المرويـات عن الأئمة (ع) في خصوص ما يباع في متعارف الناس بـالكيل والـوزن، وجاء في روايـة الحلبي. أن رجلاً اشتـرى من رجل طعـاماً عـدلاً بكيـل معلوم، فقـال صاحبه للمشتري: ابتع مني هذا العدل الأخير بغير كيل، فإن فيـه مثل مـا في الآخر الذي ابتعت، قال الإمام (ع): «لا يصح إلا بكيل، ومـا كان من طعـام سميت فيه كيلاً لا يصح بيعه مجازفة» إلى غير ذلك من المـرويات التي تؤكـد أن معرفة العوضين لكل من المتبايعين بالطرق المتعارفة بين الناس لا بـد منها في المعاوضات[٢].

والظاهر أن هذا الشرط متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة أيضاً.

فقد جاء في الفقه على المذاهب الأربعـة: أن من شروط العـوضين أن يكـون كل من المبيـع والثمن معلوماً علمـاً يمنـع المنـازعـة، فـلا يصـح بيـع المجهول جهالـة تفضي إلى المنازعـة، كما إذا قـال البائـع: اشتري شـاة من القطيع الذي أملكه، أو اشتري مني هذه السلعة بالثمن الذي يحكم به فلان،

(١) المكاسب مسألة اشتراط العلم بالعوضين.
(٢) المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري.

فإن البيع في ذلك لا يصح[1].

وقال الدكتور محمد يوسف: يجب أن يكون محل العقد معروفاً بطرفيه ومعيناً بحيث لا يكون فيه جهالة تؤدي إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة، لورود الآثار عن الرسول (ص) بالنهي عن عقد هذا شأنه، والجهالة قد تكون يسيرة وقد تكون فاحشة، والعرف هو المحكم في تحديد ذلك[2].

وقال القرافي في الفروق: لقد وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه (ع) عن بيع الغرر وبيع المجهول، واختلف العلماء في ذلك فمنهم من عممه لجميع التصرفات وهو الشافعي، فقد منع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والصلح وغير ذلك.

وفصل مالك بين ما كان معاوضة خالصة، وبين ما هو إحسان خالص كالهبة والصدقة والإبراء، فالنوع الأول لا بد فيه من العلم بالعوضين، والثاني لا يشترط فيه ذلك لأنه إحسان لا ضرر من الجهالة فيه، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه لم يبذلا شيئاً في مقابل المال الذي أخذاه من الواهب والمتصدق، بخلاف النوع الأول، فإن الجهالة فيه تؤدي إلى تضييع المال المبذول في مقابل العوض الآخر.

أما الزواج فمن جهة أن المقصود الأصلي منه ايجاد رابطة الزوجية، فلا تضر الجهالة بالمهر فيه. ومن جهة ثانية يمكن أن يكون حاله حال المعاوضات المالية المبنية على المبادلة من الطرفين، لأن المال وإن لم يكن ركناً فيه، إلا أن الشارع قد اعتبر فيه المال مهراً للزوجة وبذلك يكون واسطة بين ما لا تجوز فيه الجهالة وبين ما يجوز فيه ذلك، فإذا كانت الجهالة يسيرة فلا تمنع من صحته، وإذا كانت مما لا يتسامح العرف فيها فلا يصح العقد

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ١٦٥ كتاب البيع.

(٢) الفقه الإسلامي ص ٣٦٤.

معها، وقد مثل المالكية بما لو تزوج رجل امرأة على جهاز وأثاث بيت فهذا النوع من الجهالة لا يمنع من صحة العقد، ويتعين الرجوع إلى الوسط بنظر العرف، وإذا تزوجها على عبق آبق أو بعير شارد فلا يصح العقد في مثل ذلك ولا يجدي الرجوع إلى العرف في مثله(١).

ومهما كان الحال فتعيين العوضين لا بد منه في الفقه الجعفري وغيره. وقد نص على ذلك كل من السنهوري في الوسيط والدكتور سليمان مرقس في نظرية العقد.

قال الدكتور مرقس: يجب أن يكون محل الالتزام معيناً حتى يرد عليه الاتفاق، لأن عدم تعيينه يحول دون الوصول إلى اتفاق عليه، ويستوي في ذلك أن يكون محل الالتزام أداء عمل أو امتناعاً عن عمل، أو نقل حق عيني، وأضاف إلى ذلك: أنه إذا كان محل الالتزام الذي يراد نشوءه من العقد إعطاء حق عيني، فإن هذا الحق يتعين بمحله أي بالشيء المادي الذي يراد نقل حق متعلق به، وبالتالي يجب أن يكون هذا الشيء ذاته معيناً أو قابلاً للتعيين، والأشياء من حيث طريقة تعيينها نوعان أشياء معينة بذاتها أو قيمتها، وأشياء مثلية، وهي التي تعين بغير الذات، والأشياء القيمية هي التي يتميز كل منها من غيره بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه عند الوفاء كالعقارات بوجه عام وكل شيء ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره، ولا بد من تعيين هذه الأشياء في العقد بصفاتها المميزة لها تعييناً كافياً يحول دون الخلط بينها وبين غيرها. والأشياء المثلية هي التي يوجد لها نظر من جنسها كالعقود والذهب والفضة والحنطة والشعير وغير ذلك مما كان من هذا النوع، وإذا كانت الأشياء المثلية تتفاوت فيما بينها من حيث جودتها وجب أن تعين درجة جودتها، غير أنه لا يشترط أن يعين الطرفان هذه الدرجة صراحة ويمكن استنباطها من ظروف التعاقد أو بالرجوع إلى العرف، وإلا

---

(١) الفروق للقرافي المجلد ص ١٩٥.

فيفرض أنهما قصدا أن يكون المعقود عليه درجة متوسطة كما تنص على ذلك المادة ١٣٣[١].

ومجمل القول: إن الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشرعي في هذه المسألة التقاء كلياً، من حيث تعيين محل العقد وكونه معلوماً للمتعاقدين سواء كان قيمياً أو مثلياً، كما وأن التحديد الذي ذكره الدكتور مرقس للقيمي والمثلي يتفق مع تحديد الجعفريين لهما.

قال السيد الحكيم في نهج الفقاهة: والمستفاد من كلمات الفقهاء الواردة في تحديدهما ومن النقض على الحدود التي ذكرت لهما، هو أن المثلي ما يكثر وجود مثله في الصفات التي تختلف باختلافها الرغبات، والقيمي بخلافه، ومنه يظهر أن الذهب والفضة المسكوكين من المثلي وكذا غير المسكوكين إذا لم يكونا مصوغين، أما المصوغات فهي من القيمي لإختلاف الصياغة في الصفات الموجبة لتفاوت الرغبات واختلاف المالية، وكذا الحديد والنحاس والرصاص[٢].

ومن هذا الضابط الذي استخلصه السيد الحكيم من النصوص الفقهية تبين أن المثلي هو الذي يشترك مع غيره في الصفات التي تتقوم بها مالية الشيء بحيث يكون له أفراد تتفق في أكثر الصفات التي رغب فيها المتعاقدان، والقيمي هو الذي يختلف عن غيره في الصفات بنحو لا تتساوى أفراده من هذه الجهة.

وهذا التحديد هو الذي اختاره الدكتور مرقس في كتابه نظرية العقد، فلقد جاء فيه: أن المثلي هو الذي يوجد له نظير من جنسه مساوٍ أو مقارب بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كما تنص على ذلك المادة ٧٥، ومن ذلك النقود والذهب والفضة والقمح والشعير وخلاف ذلك مما تتساوى

---

(١) نظرية العقد ص ١٨٧ و١٨٨.

(٢) انظر نهج الفقاهة مبحث المثلي والقيمي ص ١٣٩.

فيه الصفات، كما نص على أن الأشياء القيمية هي التي يتميز كل منها عن غيره بصفات خاصة تعينه بنحو لا يقوم كل واحد مقام الآخر عند الوفاء[1].

وللفقهاء الجعفريين حديث طويل حول المثل والقيمي، وكما ذكرنا أن نصوص الفقهاء المتعلقة بتحديدهما وبيان الفوارق بينهما ترجع إلى ما ذكره السيد الحكيم في نهج الفقاهة.

* * *

---

(١) انظر صفحة ١٨٧ من نظرية العقد.

تحديد نطاق العقد

والذي يعنيه هذا العنوان هو تحديد محل العقد وتوابعه وما يدخل في العوضين من التوابع والأوصاف، والمتبع في جميع ذلك بالمرتبة الأولى تنصيص المتعاقدين صراحة في العقد على مقصودهما فيما يعود إلى العقد ومحله وما يتبع المحل من الشروط والأوصاف بنحو يكون تنصيصهما كاشفاً عن إرادة كل منهما، فلو باع المالك الدار مثلاً ونص في العقد على جميع محتوياتها بالنقد المعين يتعين المحل بما نص عليه المتعاقدان، وكذلك لو استثنى شيئاً أو عين الثمن بغير النقود المتعارفة في بلد المتعاقدين، ولو أطلق العاقدان ولم يعينا شيئاً واتسع الإطلاق لبعض الخصوصيات والأوصاف الخارجة عن ذات العوضين يتعين الأخذ بإطلاق صيغة العقد ما لم يوجد مانع عن العمل بإطلاقها، وفيما عدا ذلك فالعوامل التي يسترشد بها في تحديد نطاق العقد تنحصر بالأمور التالية:

الأول: العرف وقد أقر الشارع الرجوع إليه في تحديد المفاهيم التي ليس له فيها اصطلاح خاص أو معنى يخصه، وبتعبير أكثر وضوحاً إنما يصح الرجوع إلى العرف في الموضوعات التي ليس له حقيقة فيها، والتي جعلها موضوعاً لحكمه ولم يتصرف فيها بما يخالف المعنى الذي يدل عليها اللفظ، وأكثر ما يكون ذلك في المعاملات حيث إن الشارع قد أقر فيها الكثير مما

كان شائعاً ومستعملاً بين الناس وأمضى تصرفاتهم المالية وعقودهم، والرجوع إلى العرف في مثل ذلك لا يعني أنه من مصادر التشريع، وإنما هو من حيث إن الشيء إذا كان متداولاً ومستعملاً بين الناس في عصر التشريع ولم يردع عنه الشارع أو جعل حكمه على الموضوع المستعمل بين الناس، ولم يعين ناحية خاصة مع تمكنه وقدرته على البيان، يكون ذلك منه إقراراً وإمضاء لما شاع بينهم وتعارفوا عليه، وبالتالي لا يكون الرجوع إلى العرف أو العادة في مثل ذلك من حيث إنهما دليلان من أدلة التشريع، بل من حيث إن الأخذ بهما والرجوع إليهما رجوع إلى السنة التي هي عبارة عن تقرير المشرع الشامل لسكوته في حالة كونه متمكناً من بيان مراده لو كان مخالفاً لما هو المتعارف بين الناس، وفيما يعود إلى الأعراف المتجددة والتي تختلف بتبدل الزمان وتجدده هذا النوع من الأعراف تحمل عليه الاطلاقات والاستعمالات الجارية بين الناس في كل زمان حسبما هو متعارف عندهم إلا أن ينص المتكلم على إرادة خلافه، فلو باع المالك داره أو عقاره بألف دينار مثلاً ينصرف الدينار إلى العقد المتعارف الشائع في بلاده، وإن كان المطلق بمقتضى إطلاقه يتسع لأكثر من صنف واحد من أصناف الدنانير، إلا أن تعارف التعامل بالدينار الورق يوجب ظهور هذا اللفظ في خصوص هذا الفرد من بين أفراده، وبعد الإحصاء والتتبع في فقه الجعفريين نجدهم يعتمدون على العرف والعادة حتى في الموارد التي يتسع فيها اللفظ لأكثر معنى واحد.

ومن أمثلة ذلك ما لو اتفق المتعاقدان على بيع الدار بمائة دينار مثلاً ولكنهما اختلفا في نوعية الدينار الذي وقع ثمناً في عقد البيع، فقد نص الفقهاء على أن الإطلاق ينزل على الدينار الذي تعارف التعامل فيه، وعلى الطرف الآخر الذي يدعي بأن العقد وقع على الدينار الذهب مثلاً أو الدينار الأجنبي أن يثبت ذلك بأحد طرق الإثبات، وفيما لو اشترى عيناً ووجد بها صفة لم يكن عالماً بها حين العقد وادعى أنها عيب يسوغ له الفسخ، وأنكر البائع ذلك يتعين في مثل ذلك الرجوع إلى العرف لتشخيص ما لو كانت عيباً

أم لا، وفيما لو اشترى فرساً تدخل البرذعة واللجام مع المبيع إذا حكم العرف بذلك، كما يدخل الحمل أيضاً لأنه من توابعها عند العرف ويعد جزءاً منها، وكذلك لو اشترى بستاناً، فإن الحائط وغيره من الثوابت يتعين الرجوع فيها إلى العرف فيما لو تنازع البائع والمشتري على شمول العقد لمثل ذلك، والحال كذلك بالنسبة إلى مفاتيح الدار وأبوابها وما فيها من الرفوف والثوابت.

قال الشيخ محمد حسن النجفي في الجواهر: إذا باع شجرة عليها ثمرة فالثمرة للبائع على كل حال إلا إذا حكم العرف بتبعيتها للشجرة.

الثاني العادة قال في الجواهر: لو باع عيناً واشترط تسليمها بعد مدة ولم يعين المدة في العقد فإن كانت معينة بحسب العادة يكون البيع صحيحاً لأن العادة بمنزلة الشرط الصحيح في العقد.

وقال في خيار الغبن: إن مقدار التفاوت في القيمة يتعين الرجوع فيه إلى المتعارف المعتاد بين الناس، وهو مختلف بالنسبة إلى الزمان والمكان ونحوهما، ثم قال: ولو اشترى زيتاً فوجد فيه ثفلاً، فإن كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا أرش لأن جريان العادة بمثله يجعله كعلم المشتري به.

وقال في بيع السلم: السادس أن يكون وجوده أي المسلم فيه غالباً بحسب العادة وقت الحلول ولو كان معدوماً حين العقد لصدق القدرة على التسليم بذلك، إذ العاديات بمنزلة الموجودات، فلا تقوم المعدومية حين العقد، وفيما يتعلق بالمحل الذي يجب تسليم المبيع فيه قال: ولا يجب تعيين المحل الذي يجب به تسليم المبيع، وله المطالبة به حيث شاء، إلا إذا كان هناك عرف يقضي بالإنصراف إلى مكان مخصوص فيتبع حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الأصحاب.

وقال المحقق في الشرائع: إذا دفع سلعة إلى غيره ليعمل له فيها، فإن كان من عادته أن يستأجر لذلك العمل وكان العمل مما يستحق أجرة بحسب

العادة ونظر العرف فله أن يطالب بالأجرة إذا لم يقصد التبرع بعمله، أما إذا كان العمل مما لا يستحق أجرة بحسب العادة فلا أجرة وإن ادعاها العامل.

ونص الشهيد في الروضة، والشهيد الثاني في المسالك، والعلامة في التذكرة: أن الخيوط في الإجارة على الخياطة، والمداد في الاجارة على الكتابة وكل ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة هو على المستأجر، إلا إذا قضى العرف والعادة بخلاف ذلك فيكون على المؤجر، إلى غير ذلك من الأمثلة والشواهد التي نص عليها الجعفريون في فقههم، والتي يستفاد منها تحكيم العرف والعادة في الموارد التي لم يرد فيها تحديد من قبل الشارع ولا من قبل المتعاقدين، وقد تردد في بعض نصوص الفقهاء أن المعروف كالمشروط، وإن ما جرت عليه العادة بين الناس كالمأخوذ شرطاً في العقد.

ومن مجموع ذلك تبين أن الفقه الجعفري لا يتنكر للعرف والعادة، ولا يستغنى عنهما في تحديد موضوعات الأحكام وتفسيرها وتعيين ما يتبع العوضين الذي جرى عليهما التعاقد إذا لم تتجه له إرادة المتعاقدين بالتنصيص أو لم يكن مدلولاً لصيغة العقد.

الثالث: طبيعة الالتزام، والمراد من ذلك هو أن المتعاقدين وإن لم يتعرضا صراحة في العقد لما هو من ضرورات العوضين كمفاتيح السيارة مثلاً ومفاتيح الدار والطريق الموصل إليها وما أشبه ذلك مما ليس جزءاً من المبيع ولكنه من ضروراته أو من توابعه التي لا ينفك عنها كحمل الدابة مثلاً، فإن الالتزام الحاصل من التعاقد بين الطرفين على المبادلة هذا الالتزام بنفسه يقتضي دخول توابع المبيع التي لا تنفك عنه وتوابع الثمن أيضاً فيهما، لأن طبيعة العقد تقتضي تسليم كل من العوضين للآخر، ولا يتم ذلك إلا بدخول المفاتيح والطريق الموصل إلى المبيع في موضوع العقد، وهكذا بالنسبة إلى حمل الدابة فيما لو اشترى دابة حامل، فإن الحمل يتبع المبيع وإن لم ينص المتعاقدان على ذلك، لأن العقد بذاته على المبيع الواجد لهذه الصفة أي لصفة الحمل يقتضي دخول الحمل في المبيع.

قال السيد أبو الحسن في وسيلة النجاة تحت عنوان ما يدخل في المبيع عند الإطلاق: وإذا باع داراً دخل فيه الأرض والأبنية الأعلى والأسفل والبئر والأبواب والأخشاب المتداخلة في البناء والأوتاد المثبتة فيه، ولو باع بستاناً دخل فيه الأرض والشجر والنخل والأبنية كسورها وما يعد من توابعها ومرافقها كالبئر والناعور والحظيرة ونحو ذلك[1].

وكما أن الفقه الجعفري يعتمد على العرف والعادة وطبيعة العقد في تحديد المعقود عليه كذلك يعتمد عليها الفقه المدني وفقه المذاهب الإسلامية الأربعة، وقد أورد السنهوري في مصادر الحق وفي الوسيط أمثلة من فقه المذاهب والفقه المدني لإثبات هذه الدعوى.

قال في مصادر الحق: في الفقه الإسلامي كما هو الأمر في الفقه الغربي يسترشد في تحديد نطاق العقد بالعرف والعادة وطبيعة الالتزام، فيتبع العين ما تستلزمه طبيعتها من ملحقات، ومن أمثلة ذلك:

ما لو باع المالك بدراهم ودنانير وكان المتعاقدان في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية والرواج، انصرف البيع إلى الأغلب لأنه هو المتعارف، ولو باع التاجر في السوق شيئاً بثمن ولم يصرح فيه بحلول أو تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان، ذلك لأن المعروف كالمشروط إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردنا جانباً منها عن الجعفريين، ويبدو من ذلك أن الجعفريين وغيرهم متفقون على مبدأ تتحكيم العرف والعادة في تحديد محل العقد، ولكن الجعفريين يرجعون إليه من حيث إن العقد ينصرف إلى ما هو متعارف ومعتاد بين الناس إذا أطلق المتعاقدان ولم يعينا نقداً خاصاً أو أجلاً محدداً أو صنفاً خاصاً من توابع المبيع، وغيرهم يرون العرف والعادة أصلين من أصول التشريع كغيرهما من أدلة التشريع الأخرى، وبالغ الأحناف في تقديس العرف

---

(١) انظر وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الأصفهاني.

وقال بعضهم بهذه المناسبة:

والعرف في الشرع له اعتبار   لذا عليه الحكم قد يدار

وذهبوا إلى أن العرف العام يصلح لأن يعارض أدلة الفقه الأخرى ما لم تكن المسألة ثابتة بنص صريح.

ومجمل الأدلة التي اعتمدوا عليها لإثبات أن العرف من أصول التشريع يتلخص بالأمور التالية:

الأول ما جاء عن ابن مسعود: أن النبي (ص) قال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وقد استدل بهذه الرواية السرخسي وغيره.

الثاني: أن التشريع الإسلامي لم يتنكر للعرف وقد راعى عرف العرب في بعض تشريعاته.

الثالث: أن ما يتعارف بين الناس من قول أو فعل يصبح من نظام حياتهم، فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف بينهم، وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم، ولذا أطلق الفقهاء أن المعروف كالمشروط[1].

وهذه الأدلة الثلاثة على تقدير صحتها لا تثبت أن العرف والعادة أصلان من أصول التشريع كما يدعيه الأحناف وغيرهم من فقهاء المذاهب الأربعة، ولا يستفاد منها أكثر من أن الشارع لم يجاف الأعراف والعادات المتبعة بين الناس، بل أقرهم على ما تعارفوه بينهم في بعض المعاملات والتصرفات وترك إليهم تحديد الموضوعات التي لم يكن له فيها اصطلاح يختص به، وهذا لا يعني أنهما من أدلة الأحكام كما توهم أنصار هذا القول.

وقال السنهوري في الوسيط بالنسبة إلى الإعتماد على طبيعة العقد

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن ص ٤٢٠ و٤٢١ و٤٢٣.

والعرف والعادة لتحديد محل العقد: إن من باع شيئاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه جميع ملحقاته الضرورية، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء ومثل لذلك بمن باع سيارة، فطبيعة هذا العقد تقتضي أن يتبعها جميع الأدوات الضرورية التي لا يمكن استعمالها إلا بها، وأضاف إلى ذلك أن العرف يجري مجرى القانون، وكما يكون من عوامل تفسير العقد، كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه، فمن باع شيئاً لا يلزم فحسب بالقيام بما هو ضروري لنقل المبيع إلى المشتري، بل يجب عليه بالإضافة إلى ذلك أن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً عليه، والمقصود من ذلك أن البائع يجب أن يفسح المجال للمشتري لإستلام المبيع ويسهل له جميع الطرق التي توصله لهذه الغاية، وبدون ذلك لا يتم التسليم والتسلم المقصودين للمتعاقدين[1].

(١) انظر الوسيط ص ٦١٩ و٦٢١ ونظرية العقد ص ٣٢٨، وانظر المكاسب في الفقه الشيعي مبحث القبض حيث نص على أن التسليم والتسلم من مقتضيات طبيعة عقد المعاوضة، وأن على المتعاقدين إزاحة جميع الموانع التي تحول بين استيلاء المشتري على المبيع والبائع على الثمن.

نظرية تحول العقد

هذه النظرية بصيغتها الموجودة عند المدنيين لم يبحث عنها الفقه الإسلامي بحثاً مستقلاً بهذا العنوان، ولكن النتيجة التي يحاول المدنيون التوصل إليها من هذه النظرية، هذه النتيجة قد تنبه لها الجعفريون في فقههم، ولكن لم تتوفر العناصر الكافية للاقتناع بها إلا عند القليل منهم كما سنتعرض لذلك.

ومجمل الحديث عن هذه النظرية، أن الفقه الغربي لم يتعرف عليها إلا بعد أن مر بمراحل طويلة وأصبحت وأمثالها من النظريات المستحدثة من مظاهر تطوره واتساعه، والمقصود منها كما جاء في الوسيط لعبد الرزاق السنهوري، وفي نظرية العقد لسليمان مرقس وغيرهما: أن العقد الباطل الذي يقصد المتعاقدان إبرامه يمكن تحويله إلى عقد آخر من العقود إذا كانت عناصر الثاني بتمامها موجودة في حطام ذلك العقد الفاسد، وقد أخذ بهذه النظرية التشريع المصري في التقنين الجديد، بعد أن لم يكن في القوانين القديمة الفرنسية والمصرية نص على الأخذ بها كمبدأ عام، وجاء في المادة ١٤٤ من القانون المدني المصري الجديد: إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد الثاني الذي توافرت أركانه في ذلك العقد الباطل يكون صحيحاً.

ومن أمثلة ذلك تحول عقد البيع إلى عقد الهبة إذا كان بطلانه لعدم ذكر الثمن فيه، أو لكون الثمن المذكور فيه صورياً، ذلك لأن عقد الهبة لا يشترط فيه الثمن، والعاقدان اللذان تعاقدا بلا ثمن أو بثمن صوري يغلب فيهما أن نيتهما قد اتجهت إلى الهبة، ولاسيما وهما يعلمان بأن البيع باعتباره من المعاوضات لا يتم إلا بذكر الثمن عوضاً عن المبيع، وحيث إن الهبة لا يشترط فيها لفظ خاص، وتتم بكل ما يدل عليها من قول أو فعل ومبنية على الإعطاء من طرف واحد، فعناصرها بكاملها موجودة بين حطام ذلك العقد الباطل، فلم يعد ما يمنع من تحول العقد الذي أنشأ بعنوان البيع ولم تتوفر فيه العناصر الكافية لصحته، لم يعد ما يمنع من تحوله إلى هبة من البائع للطرف الآخر.

وقد مثلوا لذلك بأمثلة أخرى لا يهمنا استقصائها، والذي أردناه من الحديث عن هذه النظرية مع أنها لم تدون في الفقه الإسلامي أن فكرة تحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح من نوع آخر قد توافرت جميع أركانه وعناصره، هذه الفكرة لم تغب عن الشرعيين ودونوها خلال أبحاثهم عن مصير العقود الفاسدة فيما لو نشأ الفساد من جهة التنصيص على عدم الثمن في البيع والإجارة، إذا قال البائع أو المؤجر للطرف الآخر: بعتك بلا ثمن أو أجرتك بلا أجرة، وأخذ بها بعضهم فنص على أن البيع في المثال الأول ينقلب هبة والاجارة في المثال الثاني تنقلب عارية، لأن مرجع البيع بلا ثمن إلى تمليك العين للطرف الثاني بدون عوض كما هو نتيجة الهبة، ومرجع الإجارة بلا أجرة إلى إباحة الانتفاع بالعين بدون مقابل كما هو مفاد العارية، والظاهر أن من بين من تبنى هذه النظرية من الفقهاء الشهيد والمحقق، وهما من أعيان الفقهاء الجعفريين.

والمتحصل من جميع ذلك أن القوانين المدنية الحديثة قد انتهت إلى هذه النظرية بعد المراحل الطويلة التي مر بها التشريع المدني، ولم يغفل عنها التشريع الجعفري بل تنبه لها قبلهم بعشرات السنين، ولكنه لم يقرها

كمبدأ عام في تشريعاته لأن نية المتعاقدين لم تتجه إلى العقد الثاني ولا بد في العقود من مراعاة قصد المتعاقدين ونيتهما كما رجح ذلك أكثر الفقهاء والذين أخذوا بهذه النظرية من الفقهاء الجعفريين لم يتنكروا لهذا المبدأ، بل اعتبروا إرادة المتعاقدين في واقعها متجهة إلى الهبة والعارية في المثالين المذكورين[1].

* * *

---

(١) انظر المكاسب مبحث المقبوض بالعقد الفاسد وشرحها للخونساري الجزء الأول وانظر الوسيط للنهودي ونظرية العقد ص ٣١٠ و٣١١ وانظر الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا المجلد الثاني من الجزء الأول ص ٦٦٨ و٦٦٩.

العقد شريعة المتعاقدين

لقد وردت هذه القاعدة في الفقه المدني الروماني، وأخذ بها فقهاء القانون الفرنسي القديم، ونصت عليها المادة ١١٣٤ من التقنين الفرنسي وأصبحت من المبادىء الأولية التي تعبر عن وجوب التقيد بالعقد واحترامه في جميع التشريعات.

والذي تعنيه هذه القاعدة، هو أن المتعاقدين كلما اتفقا عليه وأدخلاه في نطاق العقد يلزمهما التقيد به والعمل بمضمونه واحترامه كما لو كان القانون قد نص على وجوب الإتيان به، أي أن العقد الجامع للشروط التي اعتبرها المشرع في تكوينه وصحته لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتهرب بما التزم به، ولا أن يغير أو يبدل منها شيئاً بإرادته المنفردة، بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما التزم به في العقد ويحقق إرادة الطرف الآخر في تنفيذه.

وكما يجب ذلك على كل منهما باعتبار أن العقد هو الشريعة التي يجب عليهما الوقوف عندها، يجب على القاضي أن يحترم تعاقدهما، ويلتزم بتطبيقه عليهما عندما يرجعان إليه في الخصومات المتعلقة بذلك العقد، وليس له أن يغير أو يبدل فيه شيئاً حتى ولو رأى فيه ما ينافي العدالة بنظره[1].

(١) انظر نظرية العقد ص ٣٣٠ ومصادر الالتزام ص ٣٣٨، والوسيط للسنهوري.

وقد أخذ بمحتويات هذه القاعدة الفقه الإسلامي، وفرض على المتعاقدين إذ تكاملت أركان العقد وشروطه الوفاء به واحترامه بجميع محتوياته، وليس لأحد حق التصرف فيه بأي نحو كان، وعلى القضاة العمل على تنفيذه وتطبيقه على المتعاقدين فيما لو ترافعا إليهم في أمر يتعلق بالعقد الواقع بينهما، وقد تعددت النصوص الإسلامية التي تتفق مع هذا المبدأ روحاً ومعنى، والتي تؤكد شرعية العقد وإلزام المتعاقدين بالعمل بمضمونه، ومن ذلك قوله سبحانه:

يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود، وهذه الآية بصيغتها تدل على وجوب الوفاء والعمل بالعقد بجميع محتوياته، وتعبر عما يراد من القاعدة المعروفة في الفقه المدني[1].

وقد أجاز الفقه المدني الخروج عن هذا المبدأ عندما يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله، وفي ذلك يقول الدكتور مرقس والدكتور عبد المجيد الحكيم: أما جواز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين فهو أمر طبيعي، لأن توافق الإرادتين هو الذي ينشىء العقد، وبعينه يحل الرابطة العقدية التي سبق لهما إنشائها، وكما أن القانون القائم يمكن نسخه أو تعديله بقانون جديد، كذلك يمكن نقض العقد باتفاق جديد بين الطرفين، وإذا خول العقد منذ إبرامه أحد العاقدين أن يستقل بنقضه بعد مدة معينة يكون حق هذا العاقد في النقض مستنداً إلى الإتفاق عليه في العقد الأصلي[2].

ومع أن الفقه الجعفري يقرر النظرية عينها المتعلقة باحترام العقد وتنفيذه بجميع محتوياته وهو من هذه الناحية أكثر تصلباً وتمسكاً بشرعية العقد، ومع ذلك يفسح المجال للمتعاقدين للتحلل من التزاماتهما أكثر من الفقه المدني، وقد أعطى الفقهاء أمثلة كثيرة تبيح للمتعاقدين أو لأحدهما حل

---

(١) انظر المكاسب، والجواهر كتاب المتاجر وغيرهما من فقه الإمامية.

(٢) نظرية العقد ص ٣٣١ و٣٣٢ ومصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٣٣٨.

العقد والتحلل من الالتزام الذي التزما به، ومن ذلك اتفاق الطرفين على حل تلك الرابطة التي أوجدها العقد، ويعبرون عن ذلك بالإقالة، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد رجحانها كما وأن اتفاق المتعاقدين في العقد على أن يكون لأحدهما الحق في نقض العقد بعد مدة من تاريخ إبرامه، هذا الاتفاق مرجعه إلى إعطاء أحد العاقدين الحق في فسخ العقد بعد مدة من تاريخ إبرامه، أو عندما يتعذر على أحدهما الوفاء بجميع التزاماته، أو لغير ذلك من الأسباب، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار لنفسه خلال مدة من الزمن محددة من حيث البداية والنهاية، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الوفاء به، وهذا من غير فرق بين أن يكون زمان هذا الخيار الثابت لهما أو لأحدهما بالشرط متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه، كما لو تعاقدا على أن يكون لأحدهما الخيار بعد سنة من تاريخ العقد مثلاً أو بعد شهر ونحو ذلك بحيث يكون العقد قبل مجيء الزمان المعين لازماً على كل منهما.

ولا بد من تعيين المدة التي يحدث الخيار عندها، فلو كانت مجهولة غير معلومة المقدار، كما لو جعل أحدهما للآخر الحق في فسخ العقد عند مجيء موسم الحصاد أو عند رجوع المسافرين مثلاً لا يثبت للمشروط له حق إبطال العقد من حيث بطلان الشرط لجهة الجهالة المؤدية للغرر على حد تعبير الفقهاء(١).

---

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى مبحث الخيار الثابت بالشرط، والجواهر كتاب المتاجر، قال في الجواهر: ولا ريب في رجحان الإقالة ومشروعيتها، وجاء في مروية ابن حمزة عن الصادق (ع). أيما عبد أقال مسلماً في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة وأضاف إلى ذلك: فهي عندنا فسخ في حق المتعاقدين، سواء وقعت بلفظ الإقالة أو غيره.

نظرية الظروف الطارئة

هـذه النظرية تحد من القـوة الملزمة في العقـد وتفسـح المجـال أمـام المتعـاقدين للتحلل من سلطان العقـد، وذلك فيمـا لو طـرأت على العقـد أو على المتعاقدين ظروف لم تكن متوقعة تؤدي إلى اختلال توازنهما الاقتصـادي أو إلى الاضرار بهما على حد تعبير بعض المؤلفين في الفقـه المدني، وهـذه النظرية كما يدعي الدكتور عبد المجيد الحكيم لم تؤخذ بها القوانين الخاصـة إلا منـذ عهد قـريب، وأول من أخذ بهـا هو مجلس الـدولة الفـرنسي، ولكن القضـاء المدني في فـرنسا ومصـر لم يسايـر القضاء الإداري في هـذا الاتجاه وظل متمسكاً بقاعدة (العقد شريعـة المتعاقـدين) ولم يسمح بتغييـر التزامـات المتعـاقدين. وأول القـوانين التي أخذت بهـا القانـون المدني البـولـوني، ثم الايطالي والعراقي والقوانين المدنية العربية التي وضعها الدكتور السنهوري.

ومجمـل القول: إن القـوانين القديمـة والحديثـة كانت إلى زمن قـريب تغالي في احترام التزام المتعاقدين وتقدس العقـد عملاً بمبـدأ «العقد شـريعة المتعاقدين» مهما كانت الـظروف، ومهما طـرأ على المتعاقـدين من الحوادث المحرجة لهما، ولما كـان ذلك يتنـافى مع مبـدأ العدالـة بنظر المشـرعين من رجـال القانـون أقروا هـذه النظريـة بقصد التخفيـف على المتعـاقدين إذا كـان الالتزام بالعقد محاطاً بتلك الصعوبـات المضرة بحـالهما، وأجـازوا للمحكمة

إذا رأت ضرورة لذلك أن تعيد النظر في أمر العقد وتحد من قوته الملزمة بنحو يلتقي مع مصلحة الطرفين، ولو بفسخ العقد.

وتتلخص هذه النظرية بأنها تبيح للمتعاقد التخلص من العقد فيما لو طرأت عليه بعض الحوادث الاستثنائية التي لم تكن متوقعة حين إبرام العقد بحيث أصبح وفائه بالتزاماته محرجاً له[1].

قال الدكتور مرقس: لا أثر لهذه النظرية في القانون الروماني، إذ يرجع أصلها إلى القانون الكنسي فحسب. فقد كان هم فقهاء الكنيسة أن يسود العدل في العقود، فاشترطوا الثمن العادل والأجر العادل وحاربوا الغبن والربا، وفرعوا على ذلك وجوب التعادل في الالتزامات التبادلية ليس عند إبرام العقد فحسب، بل عند تنفيذه أيضاً، وبنوا ذلك على وجود شرط ضمني في كل عقد من مقتضاه أن كلًّا من عاقديه لا يبقى ملتزماً بأحكامه إلا طالما بقيت الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها على حالها، أو على الأقل دون أن يطرأ عليها تغيير جوهري، أما إذا تغيرت هذه الظروف تغيراً يخل بالتوازن بين التزامات المتعاقدين، تعين بمقتضى هذا الشرط تعديل هذه الالتزامات بما يعيد إليها التوازن.

غير أنه لما ازدهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي القديم، أدى ذلك إلى اعتبار العقد شريعة للمتعاقدين وحصل التشدد في التقيد به وفي عدم جواز نقضه أو تعديله مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما أثرت هذه الظروف في كيانه الاقتصادي فاندثرت هذه النظرية وغابت عن الأنظار.

وفي القانون الفرنسي الحديث تأثر واضعوه بالقانون الفرنسي القديم، ونصوا على أن العقد شريعة المتعاقدين، وأجمع الفقه والقضاء على أن العقد ملزم للطرفين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق جديد، وبقي الفقه والقضاء

---

(١) انظر مصادر الالتزام للدكتور عبد المحيد الحكيم ص ٣٣٩ ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٣٣٣.

متمسكاً بسيطرة العقد على المتعاقدين بالرغم من الاضطراب الكبير الذي طرأ على المعاملات قبل الحرب العالمية الأولى وخلالها بسبب ارتفاع الأسعار وندرة السلع، وفرض القيود على الواردات والصادرات مما جعل التمسك بالعقود مع هذه الظروف وفي ظل هذه الحوادث مستصعباً إلى أبعد الحدود، فأثار ذلك اهتمام المشرعين إلى إعادة النظر في تلك العقود على ضوء الظروف الجديدة الحادثة، فكان ذلك سبباً في بعث هذه النظرية في الفقه الحديث، وأصبحت من التقنينات الحديثة المعمول بها في أكثر البلدان الأجنبية والعربية.

ولا بد من تحقق الشروط التالية لتطبيق هذه النظرية على العقود:

الأول: أن يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار، أو العقود الفورية التنفيذ كالبيع بأجل أو بثمن مقسط، والعقود التي هي دورية التنفيذ، كما لو باع رجل لشخص صنفاً بشرط أن يسلمه له على دفعات خلال مدة من الزمن، ففي هذا النوع من العقود يمكن أن يحدث خلال المدة الواقعة بين العقد وتمام تنفيذه بعض الحوادث التي لم يكن في الحسبان حدوثها.

الثاني: أن تكون تلك الحوادث الطارئة من الحوادث الاستثنائية العامة، أي لا تكون تلك الحوادث مختصة بأحد المتعاقدين دون سواه، ومن أمثلة تلك الحوادث العامة الحروب والفيضانات والجراد ونحو ذلك.

الثالث: أن لا تكون تلك الحوادث متوقعة للمتعاقدين عند إبرام العقد، فلو كانت متوقعة عند إبرام العقد وأقدم المتعاقدان على العقد فلا يكون إلزام العاقد بما التزمه للآخر مخلاً بالعدالة.

الرابع: أن يكون تنفيذ الالتزام مع هذه الظروف والحوادث مرهقاً للطرف الآخر ولا يشترط أن يكون مستحيلاً في حقه، بل يكفي فيه أن يؤدي إلى الإضرار به إلى حد يعسر تحمله غالباً[1].

---

(١) انظر المصدرين السابقين.

موقف الفقه الجعفري من هذه النظرية

هذه النظرية معروفة في الفقه الإسلامي وبخاصة الفقه الجعفري منذ أقدم عصور التشريع، مع العلم بأن القوانين الحديثة لم تأخذ بها بصورة عامة إلا بعد الحربين العالميتين الواقعتين خلال القرن العشرين، وقد أخذ بها التشريع الجعفري في البيع والإجارة وغيرهما من العقود مع أنه يفرض على المتعاقدين الالتزام بالعقد وتنفيذه بجميع محتوياته ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة كما يبدو ذلك من الأمثلة التالية:

لو تلف المبيع قبل قبضه وهو في يد المالك بعد إنشاء العقد وتماميته بجميع أركانه وشروطه بنحو كان التلف في الفترة الواقعة بين إبرامه وتنفيذه، فقد أجمع الفقهاء على أنه يتلف من مال بائعه وهو وحده يتحمل الخسارة وعليه أن يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد دفعه إليه، وقد علل أكثر الفقهاء هذا الحكم بأن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بلحظة، فيعود المبيع إلى ملك البائع ويقع التلف في ملكه، فيكون الحدث الطارىء موجباً لإنفساخ العقد وقد التزم الفقهاء بذلك للتوفيق بين الأصول المتبعة في الضمان وبين تضمين البائع في هذه المسألة ذلك لأن كونه تالفاً من مال البائع لا يتصور إلا برجوعه إلى ملكه ولو قبل التلف بجزء يسير من الزمان.

ومهما كان الحال فتلف المبيع قبل قبضه إذا لم يكن بسبب من

المشتـري يترتب عليـه إلغاء العقـد واعتباره بمنـزلة العـدم كما هـو اللازم من اتفاقهم على أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه[1].

٢ ـ لو تلف المبيع في يد المشتري وكان له الخيار كما لـو كان المبيـع حيواناً أو اطلع على عيب فيه بعد إبرام العقد واستـلامه، فلو تلف المبيـع في يده يكون تلفـه من مال البـائع وعليـه أن يرد الثمن على المشتـري، وقد نص أكثر الفقهاء على أن العقد ينفسخ قبل التلف ويرجع المبيع أو ملك البائع ولو بزمان يسير، فيكون تالفاً في ملكه[2].

٣ ـ لو اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد استلامه كان له الخيـار في فسخ العقد، وكذا لو اطلع المستأجر على عيب في العين التي استأجرهـا بحيث تبين أنها لا تصلح لإستغلال المنفعة المقصودة للمستأجر.

٤ ـ لو تلفت العين المستأجرة بآفة سماوية ونحوها قبل استلامها، كما لو استأجر داراً ليسكنها فتهدمت أو عقاراً فجرفته السيوف ونحو ذلك، تنفسخ الإجـارة في مثل ذلـك عند جميـع الفقهاء، ولعـل السبب في ذلـك أن عقـود المعاوضات مفادها المبادلة بين المالين وقيام كل منهما مقـام الآخر بمعنى أن كلاً منهما يحتل مكان الآخر، فإذا تلفت العين قبل استلامهـا ودخولهـا في يد المستأجر لم يعد بإمكانه أن يتسلط على منفعتها في مقابل العوض الذي دفعه

(١) وقد استفاد الفقهاء هذه القاعدة من قـول النبي (ص): كل مبيـع تلف قبل قبضـه فهو من مال بائعه، بالإضافة إلى ما رواه عقيبة بن خالد عن الإمـام الصادق (ع) قـال سألتـه عن رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه فسرق المتاع من مال من يكون، قال من مال صـاحب المتاع الـذي هو في بيتـه حتى يقبض المال، فـإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله.

(٢) وقد أخذ الفقهاء هذه القاعدة من النصـوص المرويـة عن الأئمة (ع) فقـد جاء في مـروية عبـد الله بن سنان في الإمـام (ع): وإن كان بينهمـا شـرط أيـاماً معـدودة فهلك في يـد المشتري فهو من مال بائعه، والمراد من الشرط هو الخيـار الثابت للمشتـري كما يـظهر ذلك من جملة من النصوص.

للمالك، فلا تحصل المبادلة المقصودة للمتعاقدين.

والظاهر أن الفقه المدني يلتقي مع الفقه الشيعي في هذه المسألة، فقد جاء في مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم: أن المبيع إذا هلك في يد البائع كان هلاكه عليه، وفي عقد الإجازة إذا هلكت العين المؤجرة، فالتزام المستأجر بدفع الأجرة ينتقض، أي أن المؤجر وحده هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لأنه استحال عليه تنفيذ التزامه ليتمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين[1].

٥ ـ ولو استأجر إنسان داراً أو عقاراً في بلد لاستغلال منفعته، ثم حدث خوف منعه عن السكن في تلك البلد واضطره إلى الهجرة منها، فقد نص في الجواهر بأنه مخير بين فسخ العقد وإبقائه، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، لأن إلزامه بالعقد والحالة هذه ضرر عليه، ولم يستبعد انفساخ العقد في هذه الحالة.

ولو لم يكن الخوف عاماً بأن كان شخصياً بالنسبة لخصوص المستأجر، فإذا لم يكن المالك قد اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه، فلا خيار له حينئذ، لأنه يتمكن من استيفاء المنفعة بإيجار العين أو استئجار من يستغلها لصالحه.

وإذا اشترط عليه استيفائها بنفسه يثبت له الخيار بين الفسخ والالتزام بالعقد ولو منعه الظالم من استيفاء المنفعة يثبت له الخيار في التخلص من العقد والرجوع على الغاصب الظالم بعوض المنفعة.

٦ ـ ولو استأجر إنسان شخصاً لإجراء عملية جراحية ثم ارتفع المرض الموجب لإجراء العملية، أو استأجره ليقلع له ضرسه فزال الألم عنه، تنفسخ الإجارة في مثل ذلك.

---

(١) انظر مصادر الالتزام ص ٣٧٧.

٧ ـ لو مات المؤجر أو المستأجر، فالمشهور بين الفقهاء أن الإجارة تبطل بذلك، وفصل جماعة بين موت المؤجر وموت المستأجر، فقالوا بأنها لا تبطل إلا بموت المستأجر(١).

ولو استأجر شخصاً ليعمل له عملاً فمات الأخير في أثناء العمل أو قبله تبطل الإجارة أيضاً لفوات محلها.

ولو تلف بعض العين المستأجرة تبطل الإجارة بنسبة ما تلف من العين، ويحدث للمستأجر الخيار بفسخ الإجارة بالنسبة لما بقي من العين المستأجرة، وقال السيد كاظم في العروة الوثقى: التلف السماوي للعين المستأجرة أو لمحل العمل موجب لبطلان الإجارة، ومنه إتلاف الحيوانات، وإتلاف المستأجر بمنزلة القبض، واتلاف المؤجر موجب للتخيير بين ضمانه والفسخ، وإتلاف الأجنبي موجب لضمانه، والعذر العام بمنزلة التلف، وأما العذر الخاص بالمستأجر، كما لو استأجر دابة لركوبه بنفسه فمرض ولم يقدر على المسافرة، أو استأجر رجلاً لقلع سنه فزال ألمه أو نحو ذلك ففيه إشكال، ولا يبعد أنه يوجب البطلان(٢).

وقد وضع الفقهاء معياراً مرناً للعذر المسوغ لبطلان الإجارة ولثبوت الحق لأحد الطرفين في فسخها، فقالوا أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المنفعة أو العمل المعقود عليه، إما لموت أحد العاقدين، أو لتلف المحل، أو لتعذر استغلال منفعته، هذا العذر يزلزل العقد ويفسح للمتعاقدين أو

(١) واستدل القائلون بالبطلان بما رواه إبراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت إلى أبي الحسن (ع) وسألته عن امرأة آجرت ضيقها عشر سنين على أن تعطى الأجرة في كل سنة عند انتهائها لا يقوم لها شيء ما لم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين، قال (ع) فإن لم تبلغ الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه يعطي ورثتها بقدر ما بلغ من الوقت.

(٢) انظر الجواهر كتاب الإجارة وانظر المستمسك شرح العروة الوثقى ص ٢٤ وما بعدها في كتاب الإجارة وغيرهما من المجاميع الفقهية فإن المتتبع يجد مجموعة من الأمثلة لانفساخ الإجارة ولثبوت الخيار لأحد الطرفين في فسخها.

لأحدهما المحال للتحلل من سيطرته وسلطانه.

ويبدو من فقه المذاهب الأربعة أنهم متفقون على أن بعض الأعذار توجب بطلان الإجارة وبعضها الآخر وإن لم يوجب البطلان إلا أنه يجعل للطرف الآخر المتضرر الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه، وقد حصر الأستاذ علي الخفيف أسباب انفساخ الإجارة بالأمور الخمسة التالية:

الأول: وفاة المستأجر، لأن الإحارة التزام بينه وبيں المؤجر ولا موجب لإلزام ورثته لما لم يلتزموا به.

الثاني: وفاة المؤجر، لأن العين تنتقل بوفاته إلى ورثته، وعقد الإجارة يتجدد بتجدد المنفعة بمعنى أنه ينحل إلى عقود متعددة، وما يتجدد من المنافع ينتقل إلى الوارث تبعاً للعين، فلا يكون عقد المورث نافذاً عليه.

الثالث: هلاك العين المستأجرة، كما لو استأجر إنسان دابة معينة لينقل عليها متاعه أو ليسافر عليها، فإذا هلكت الدابة ينفسخ العقد لانعدام محله.

الرابع: ما لو غصب العين المستأجرة غاصب، ولم يتمكن المستأجر من إرجاعها، ورجح بعض الأحناف في هذه الحالة بقاء العقد وسقوط الأجرة عن المستأجر ما دامت العين في حيازة الغاصب، ويثبت له الحق في فسخ العقد فيما لو أراد التخلص منه.

الخامس: لو حدث عذر يمع المستأجر من استيفاء المنفعة، أو يمنع المؤجر عن المضي على العقد[1].

ونص السنهوري في مصادر الحق على أن الفكرة التي يقوم عليها العذر في المذهب الحنفي ليست طرو الحادث واستحالة دفعه، بل هي تحمل العاقد ضرراً لم يدخل في حسابه وقت الإيجار، فإنه لا يجبر على المضي في العقد في هذه الحالة، ويظهر من الأمثلة التي أوردها السنهوري

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ١٩٦ و١٩٧

عن فقهاء الأحناف أنهم يتوسعون في العذر المسوغ لإبطال العقد أكثر من المذاهب الفقهية الأخرى، وعد من الأعذار المسوغة لفسخ العقد ما لو أفلس المستأجر فانتقل من السوق أو سافر إلى بلد آخر، أو انتقل من حرفة إلى أخرى، لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت فالتزامه بالعقد والحال هذه ضرر عليه، وكذا لو انتقل إلى حرفة أخرى غير التي كان يتعاطاها ولو لم يكن مفلساً، ومن أمثلة ذلك ما لو استأجر رجلاً ليقصر له ثيابه أو يخيطها أو يهدم له داره أو ليقلع له ضرسه ونحو ذلك ثم بدا له أن لا يفعل شيئاً من ذلك فله أن يفسخ الإجارة ولا يجبر على المضي عليها إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردها السنهوري عن فقهاء الأحناف للأعذار المسوغة لفسخ العقد(١).

والذي سهل على الأحناف هذه التوسعة أن عقد الإجارة ينعقد عندهم على المنافع تدريجاً فكل منفعة تتجدد بتجدد الزمان لها حكم العقد الجديد، لأن المنافع من حيث إنها توجد تدريجاً لا يملكها المستأجر دفعة واحدة كما يملك البائع والمشتري العوضين بمجرد إنشاء العقد، لذلك فإن كل عذر يحدث للمستأجر أو المؤجر بعد العقد يكون بالنسبة للمنفعة التي لم يستوفيها المستأجر بمنزلة العيب الذي يحدث على الأعيان في عقد البيع وعلى المنافع في عقد الإجارة قبل القبض، والعيوب التي تحدث على الأعيان أو المنافع قبل القبض تسوغ للمتعاقدين فسخ العقد كما هو المعروف عند جميع الفقهاء.

ومهما كان الحال فالمذاهب الفقهية الثلاثة الشوافع والمالكية والحنابلة إذا ما قارنا بين آرائهم في العذر المسوغ لإبطال عقد الإجارة أو فسخه وبين ما نقلناه عن الأحناف نجدهم لا يعتدون إلا بالأعذار التي توجب عدم التمكن

---

(١) انظر ص ٩٩ و١٠٠ و١٠١ من مصادر الحق للسنهوري الجزء ٦ عن البدائع ج ٤ ص ٢٩٧، ومقتضى هذه الأمثلة التي أوردها الأحناف لفسخ عقد الإجارة، أن هذا النوع من العقود لا يشبه غيره من العقود اللازمة، لأنه معرض للبطلان لأبسط الأسباب ولو كان السبب هو تبدل إرادة المؤجر أو المستأجر، وبذلك يكون أشبه بالعقود الجائزة.

من استغلال المنافع المعقود عليها في الإجارة سواء كان ذلك للخلل في العاقدين، أو في المعقود عليه كما يظهر ذلك من المالكية، أو في خصوص المعقود عليه كما نص على ذلك الشوافع والحنابلة، وقد نص الشوافع على أن الخلل الحاصل من غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بالغاً ما بلغ، وقد مثلوا لذلك بما لو استأجر بعيراً للحج عليه، ثم عجز عن الخروج لمرض أو لعدم تيسر المال الكافي ونحو ذلك لا ينفسخ العقد، ولا يثبت له الخيار، ولو استأجر حماماً فتعذر عليه الوقود، أو أرضاً للزراعة ولم يتمكن من استغلالها فليس له أن يفسخ في مثل ذلك لأن المعقود عليه صالح للإنتفاع، والعذر المتجدد بعد العقد لم يؤثر في المعقود عليه ولم يوجب نقصاً فيه، ونص ابن قدامة الحنبلي في المغني على أن العذر العام كالخوف إذا استولى على جميع ما في البلد واضطرهم إلى الهجرة عنها فإنه يوجب الخيار للمستأجر وإن لم يوجب خللاً ونقصاً في المعقود عليه، أما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثلاً فلا خيار له(١).

قال ابن قدامة في الجزء الخامس من المغني: القسم الخامس أن يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحاصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض لزرعها ونحو ذلك مما يحدث بعد العقد، فهذا يثبت به الخيار للمستأجر، لأنه أمر غالب يمنع من استيفاء المنفعة.

وإذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر وحده فلا يملك الفسخ، لأن هذا العذر لا يمنع من استيفاء المنفعة ولو بواسطة الغير، وكذلك لو حبس المستأجر أو مرض أو ضاعت نفقته إلى غير ذلك من الظروف الطارئة على المستأجر أو المؤجر، والتي لا تتعداهما(١).

---

(١) انظر مصادر الحق جزء ٦، ص ١٠٥ و١٠٦ و١٠٧.

(١) لقد ذكرنا رأي الجعفريين في هذه المسألة، ومجمله أن العذر سواء كان عاماً أو خاصاً يعرض العقد للزوال، وأحياناً يبطل العقد بمجرد طروء العذر كما في الاعذار العامة والحوادث السماوية التي توجب زوال محل العقد أحياناً.

ومن مجموع ما ذكرناه تبين أن الفقه الإسلامي وبخاصة الجعفري منه لم يتنكر لهذه النظرية، وقد أخذ بها في كثير من الحالات في عقدي البيع والإجارة من غير أن يتحدث عنها بعنوان خاص، وذلك قبل أن تخطو القوانين المدنية خطواتها الواسعة بمئات السنين، تلك الخطوة التي وجدت فيها منفساً للتحلل من سلطان العقد وسيطرته.

أجل إن التشريع الإسلامي مع أنه تشدد في احترام إرادة المتعاقدين وأكد عليهما بتنفيذ ما أبرماه والتزما به، ومع ذلك فقد وجد من الضرورة الملحة مراعاة الظروف الاستثنائية التي تعترض المضي في تنفيذ الالتزام العقدي، فوسع عليهما في التخلص من العقد في مثل هذه الحالات.

* * *

الفصل الرابع

في موارد انحلال العقد

والمراد بانحلال العقد هو تسلط العاقدين أو أحدهما على فسخ العقد عند وجود الأسباب المسوغة لذلك، بعد أن يتم العقد بجميع أركانه وشروطه وينتج الأثر المطلوب منه، هذا النوع من الانحلال إنما يتصور بالنسبة إلى العقود التي يجب على المتعاقدين الوفاء بها والالتزام بمضمونها، أما العقود الجائزة بذاتها فلا تدخل في موضوع البحث عن هذه المسألة، وهذا التسلط الثابت للمتعاقدين على حل العقد بعد إبرامه هو المراد من الخيار المجعول للمتعاقدين عند وجود أسبابه.

وقد فسره بعضهم بأنه عبارة عن ملك فسخ العقد، ويدخل فيه بناء على هذا التفسير فسخ العقود الجائزة، وتسلط المالك على فسخ العقد الواقع على ماله فضولاً، وتسلط المالك الوارث على إبطال العقد الواقع من المورث في مرض الموت بالنسبة إلى الزائد عن ثلث المال، عند من يقول بأن تصرفات المريض لا تنفذ إلا في ثلث ماله، وتسلط العمة والخالة على فسخ عقد الزواج الواقع على بنت الأخت والأخ ونحو ذلك من العقود التي يسوغ فسخها في بعض الحالات مع أن التسلط على الفسخ في هذه الموارد من الأحكام المجعولة للوارث وللمالك في عقد الفضولي وللعمة والخالة بالنسبة لبنت

الأخ والأخت، لا من نوع الخيار، ولذا لا تنتقل بالإرث ولا تسقط بالإسقاط كما هو الحال في الخيارات، وبذلك تبين أن هذا التعريف للخيار لا يمنع دخول ما ليس منه فيه.

وعرفه آخرون: بأنه ملك إقرار العقد وإزالته، وهذا التعريف لا يختلف عن سابقه ولا يمنع من دخول ما ليس من الخيارات فيها.

ومهما كان الحال فالخيار عبارة عن إعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطنة على حل العقد وإبطال مفعوله من حين صدوره واسترجاع كل من الطرفين العوض إلى ملكه، مع العلم بأن العقد ينعقد لازماً ويستمر على ذلك حتى في ظرف ثبوت الخيار للمتعاقدين، بل وحتى بالنسبة إلى الخيارات التي تولد مع العقد كما في خياري المجلس والحيوان، ذلك لأن الخيار مفاده إعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطنة على حل العقد في حالات معينة ارفاقاً بالمتعاقدين أو لدفع الضرر اللاحق بأحدهما كما في خياري العيب والغبن أو لغير ذلك من الحالات، ولا يتزعزع العقد إلا إذا نفذ صاحب الخيار الحق المجعول له، ولو كان مرجع الخيار إلى أن العقد يصبح جائزاً لكان الخيار حكماً شرعياً كجواز الرجوع في الهبة وفي العارية والوديعة ونحو ذلك من العقود الحائزة.

ومهما كان الحال فقد نص الفقهاء على أن الأصل في العقد اللزوم بمعنى أن العرف والشرع لا يجيزان للعاقدين التراجع عن العقد واسترجاع العوضين، ومن الجائز أن يكون المراد بهذا الأصل هو الاستصحاب الراجع إلى استصحاب بقاء الآثار الثابتة للعقد حتى ولو تراجع أحد المتعاقدين عن العقد وتمنع عن تنفيذ التزاماته مع الطرف الآخر، كما يمكن أن يكون مرادهم بهذا الأصل القاعدة العامة المستفادة من النصوص القرآنية ومن السنة[1].

---

(١) وهي أوفوا بالعقود، وأحل الله البيع، ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم، وقوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم، وأمثال ذلك من الآيات

ومع أن كل واحدة من تلك الآيات التي استدل بها جماعة من الفقهاء على لزوم العقد، لا تكفي بذاتها لهذه الغاية، إلا أن الآيات والنصوص بمجموعها تدلان على أن المتعاقدين ليس لهما أن يتراجعا عن المعاملة، وإن تراجعهما يتنافى مع العمومات ومع الأغراض التي شرعت تلك العقود لأجلها.

ولا نريد أن نستقصي جميع الشبه والاحتمالات والنقوض التي أوردها الفقهاء على الاستدلال بهذه الآيات على لزوم العقود، لا نريد ذلك لأني قد أكدت أكثر من مرة بأني لم أقصد من هذا الكتاب إحصاء جميع الآراء الفقهية وما يرافقها من أخذ ورد مما هو مدون في مجاميع الفقه الشيعي، وإنما الذي يهمني هو التعريف بفقه الشيعة ومناهجهم الفقهية، وأحسب أني بهذا الأسلوب من البيان وبهذا المقدار من العرض لأصول المسائل الفقهية وأشهر الآراء فيها قد هيأت للقراء وبخاصة العلماء منهم الوقوف على ناحية من نواحي التفكير الشيعي الواسع، وحصلت على الغاية التي أحاولها من هذه الأبحاث.

ومجمل القول إن الخيارات سواء كان مصدرها المتعاقدين أم المشرع، قد أنهاها بعض الفقهاء إلى أربعة عشر خياراً كما جاء في اللمعة للشهيد الأول، وأنهاها آخرون من الفقهاء إلى أقل من ذلك، وعدوا منها خيار المجلس، وهو من الخيارات المتفق على ثبوتها للمتعاقدين عند فقهاء الإمامية.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: ولا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار للمتعاقدين، والنصوص به مستفيضة، ولا فرق بين أقسام البيع وأنواع المبيع[1].

= والأحاديث التي استدل بها جماعة على لزوم العقود وعدم صحة التراجع فيها.

(١) ومن جملة النصوص ما جاء عن النبي (ص) وعن الأئمة (ع): البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع.

ويبدو من تشريع هذا الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد، بأنه قد فسح لهما المجال للتروي والتراجع عن العقد فيما لو رأى أحدهما أن المضي على العقد ليس من مصلحته ما داما في المجلس الذي أوقعا به العقد مهما طال مجلسهما، فإذا تفرقا وانصرف كل منهما لشأنه فكل مراجعة منهما بعد ذلك لا تجديهما نفعاً، ونتيجة إعطاء المتعاقدين التسلط على فسخ العقد أنهما ما داما في المجلس لم تنقطع صلة كل منهما عن المال الذي دفعه للآخر عوضاً عن ماله، وبالتالي لا يكون العقد مبرماً وملزماً لكل منهما إلا بعد انفضاض المجلس بتفرقهما عنه، وكما ذكرنا أن جعل الخيار للمتعاقدين في هذه المرحلة لا يعني أن العقد الواقع بينهما انعقد جائزاً من تاريخ إنشائه، ذلك لأن أدلة الوفاء بالعقود بإطلاقها الأحوالي، وبعمومها الإفرادي تدل على لزوم العقد في جميع الحالات منذ اللحظة الأولى التي تم فيها الإيجاب من البائع والقبول من المشتري على الوجه الشرعي، ولازم ذلك استمرار اللزوم، بمعنى أن العموم الإفرادي المستفاد من قوله سبحانه: أوفوا بالعقود يستتبع العموم الأزماني بنحو يستمر اللزوم في جميع الأزمنة والأحوال فيكون الخيار المجعول للمتعاقدين في هذه المرحلة من مراحل وجود العقد مخصصاً لتلك العمومات، ومعنى ذلك أن لكل منهما السلطنة على إلغاء العقد وإبقائه.

وعلى كل حال فالقدر المتيقن من أدلة هذا الخيار هو ثبوته للعاقدين المالكين ما داما في مجلس العقد، فلو كانا وكيلين في إجراء العقد، فقد نص العلامة في التذكرة على أنه لو تعاقد الوكيلان، فإن كان بحضور الموكلين ثبت لكل منهما الخيار، وإن لم يحضرا الموكلان مجلس العقد اختص به الوكيلان، فلو مات الوكيل في المجلس والموكل غائب عنه انتقل إليه الخيار.

والرأي الشائع بين الفقهاء أن الوكيلين إن كانا وكيلين في إنشاء صيغة العقد لا غير فلا خيار لهما، لأن الوكيل في إنشاء الصيغة أشبه بالآلة التي لا

يسنـد الفعل إليهـا، وليس من مصاديق قـولـه (ص): البيعـان بـالخيـار مـا لم يفترقا، ولا يبعد في مثل ذلك ثبوته للموكلين إذا كانا في مجلس العقـد لأنهما البائعان حقيقة، على أن أدلة الخيار مفادهـا إعطاء كـل من العاقـدين السلطنة على استرجاع العـوض الذي انتقـل عنه إلى الـطرف الآخر وليس للوكيـل في إنشاء صيغة العقد هذه الصلاحية.

ولو تعدت وكالته إنشاء صيغة العقـد، كما لـو كان وكيـلاً بالإضـافة إلى ذلك في التصرف بـالمال كمـا هو الحـال في أكثر الـوكلاء وأوليـاء القاصـرين ونحوهما بنحو يكون وكيلاً مطلقاً في التصرف حسبمـا يراه متفقـاً مع مصلحـة الموكل، فلا إشكال بثبوت الخيار له في هذه الحالة، لأن وكـالته عن المـالك تتسع لمثل هذه التصرفات ونحوهما كما هو المفروض.

ولو اجتمع معه الموكل في مجلس العقد، فلكل منهما أن يستعمل هذا الحق لأن الخيار حق لصاحب المال، وإنما جاز للوكيل أن يباشر التصرف فيه بصفتـه نـائبـاً عنـه، فـإذا استعمله بنفسـه لا يبقى محـل لقيـام غيـره بـه، ولا خصوصية للعاقدين من حيث همـا عاقـدان، وحينئذ يستمـر الخيار للمـوكلين ماداما في مجلس العقد.

وإن لم يكـونا في مجلس العقـد، كما لـو كانـا في مجلس آخر حينمـا أجـراه الوكيـلان فلو لم تتخط وكالتهما إجراء العقـد بالثمن الـذي يراه الـوكيل مناسباً فلا خيار في مثل هذه المعاملة للوكيلين ولا للموكلين، أما بالنسبـة إلى الوكيلين، فلأن الوكيل في الإنشاء بمنزلة الآلة، ونسبـة البيع إليـه لا تصح إلا تجوزاً، ولازم ذلك عدم الاعتداد بتفرقهما واجتماعهما.

وأما الموكلين فلا خيار لهما أيضاً لعدم حضورهما مجلس العقد، إذ لا بد في هذا الخيار من اجتماع من لهما الخيار في المحل الذي أنشأ فيه العقد كما تشير إلى ذلـك النصوص التي أثبتت هـذا الخيار، ولا يكفي اجتمـاعهما في مجلس العقـد مع الـوكيلين بعد إنشـاء العقد، كمـا يشيـر إلى ذلـك قـول الرسول (ص): البيعان بالخيـار ما لم يفتـرقا، فـإن المقصود من الحـديث أن

الخيار يستمر لهما من حين العقد إلى أن يفترقا، والمفروض أن الموكلين المالكين لم ينشئا العقد ولم يجتمعا مع الموكلين حين إنشائه(١).

ومما ذكرنا تبين أن خيار المجلس لا يثبت للفضوليين، كما لو كان البائع والمشتري فضوليين، وذلك فإنهما وإن كانا بائعين بمعنى صدور الإيجاب والقبول منهما فضولاً عن المالكين، إلا أنهما ممنوعان عن التصرف بأي نحو من أنحاء التصرفات، ولا يصدق عليهما البيعان إلا بنحو التجوز، هذا بالإضافة إلى ما ذكرناه من أن الخيار سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل منه إلى الطرف الآخر، بعد الفراغ من تسلطه على ما انتقل إليه والفضوليان لا يملكان هذه السلطنة، ومن الجائز القريب ثبوت الخيار للمالكين إذا كانا في مجلس العقد وأجازا تصرفات الفضوليين، لأن العقد بعد صدور الإجازة منهما تصح نسبته إليهما، ومن الممكن الاكتفاء بالنسبة إلى المالكين بمجلس الإجازة لأنهما جزء السبب المملك، وإن لم يحضرا مجلس العقد، لاسيما إذا بنينا على أن التمليك يحصل من حينها، ويتأكد هذا الرأي عند القائلين بأنها عقد قائم بذاته كما رجح ذلك بعض الفقهاء وقد أشرنا إلى ذلك خلال حديثنا عن الفضولي(٢)، ولكن الذي يمنع من الأخذ بهذا الرأي، أن النصوص المشرعة لهذا الخيار يستفاد منها ثبوته للبيعين المجتمعين حين العقد، وليس فيها ما يشير إلى الاكتفاء باجتماع المالكين ولو في غير مجلس العقد، ومع الشك في أن ثبوته للمالكين المجتمعين حين

---

(١) انظر المكاسب مبحث خيار المجلس، ومنية الطالب للخونساري الجزء الثاني ص ١٥ و١٦.

(٢) وقد احتمل بعض الفقهاء عدم الخيار للمالك بعد الإجارة، ذلك لأن مفاد الإجارة هو الالتزام بالعقد وإقراره، ونجاحه إذا صدرت بلفظ أجزت البيع، ومع الالتزام بالعقد لا يبقى مجال للخيار، ولكن الذي يبعد هذا الاحتمال، أن الإجازة لا تفيد أكثر من الرضا بالعقد الواقع من الفضولي، وبها يؤثر العقد في التمليك، والخيار المجعول للمتعاقدين لا يتنافى مع الإجازة بهذا المعنى.

الإجازة، يتعين الرجوع إلى إصالة اللزوم في العقود وإلى عمومات وجوب الوفاء بالعقد[1].

ومما يتفرع على هذا الخيار، ما لو كان المتولي للعقد واحداً، بأن كان وكيلاً عن البائع والمشتري، أو كان وكيلاً عن غيره وأصيلاً بالنسبة لنفسه، وفي هذه الحالة رجح جماعة من الفقهاء ومنهم الشيخ الأنصاري في مكاسبه سقوط الخيار، بحجة أن النصوص التي دلت على ثبوت هذا الخيار وعلى سقوطه بالتفرق يظهر منها ثبوته للمتعاقدين الممكن في حقهما التفرق عن مجلس العقد، ولا يمكن ذلك إلا بتعددهما، والنتيجة الحتمية لاعتبار التفرق الأمد الأخير الذي ينتهي به الخيار، هي ثبوت الخيار للمتبايعين الذين يمكن الافتراق بالنسبة إليهما، وإذا كان المتولي لإنشاء العقد إيجاباً وقبولاً واحداً لا يتحقق التفرق الذي اعتبره الشارع مسقطاً لهذا الخيار، فينتفي الخيار في هذه الحالة بعدم وجود موضوعه لأن الشارع جعله للمتبايعين ما داما مجتمعين ولم يتفرقا، ولا يصدق هذا الموضوع لو كان العاقد واحداً ولا بد وأن يلتزم أنصار هذا الرأي بعدم ثبوت الخيار أيضاً فيما لو تعدد المتبايعان، بأن كان أحدهما وكيلاً في البيع والآخر وكيلاً في الشراء، ومات أحد الوكيلين في المجلس، لأنه بعد تقييد محل الخيار بهذا القيد يختص هذا الخيار بالمحل الذي يمكن فيه افتراق المتبايعين كما ذكرنا.

ومهما كان الحال فالظاهر أن خيار المجلس يختص بالبيع من بين سائر العقود، أما العقود الجائزة فلا مورد للخيار فيها، لأن الخيار مجعول للمتعاقدين لغرض التسلط على حل العقد واسترجاع كل من العوضين وفي العقود الجائزة لم تنقطع الصلة بين المالك وملكه.

وأما العقود اللازمة كالصلح والإجارة والرهن والقرض وغير ذلك من العقود التي تلزم بالعقد أو بغيره، هذه العقود لا يدخلها خيار المجلس أيضاً،

---

(١) انظر منية الطالب ص ١٦.

لأن أدلة هذا الخيار قد نصت على ثبوته للمتبايعين، وليس فيها ما يشير إلى ثبوته في غير البيع من العقود، ويبدو من النصوص الفقهية أن الفقهاء مجمعون على اختصاص هذا الخيار بعقد البيع من حين العقد ويستمر إلى أن يتفرقا عن المجلس الذي تعاقدا فيه، هذا كله بالنسبة إلى بيع غير الصرف والسلم، أما بالنسبة إليهما[1] فقد نص أكثر الفقهاء على ثبوت هذا الخيار فيهما، لأن أدلته تشمل بإطلاقها جميع أنواع البيع وأصنافه، ولا بد مع ذلك لمن يقول بثبوت خيار المجلس للمتعاقدين في هذين النوعين من البيع أن يلتزم بوجوب التقايض في مجلس العقد بالنسبة إلى بيع النقدين بمثلهما أما لكون العقد مملكاً، فيكون وجوب التقابض من حيث إن كلاً منهما قد ملك العوض، وأما لكونه غير مملك بدون التقابض، فيكون وجوبه تكليفياً، وعلى كلا التقديرين ففائدة الخيار جواز فسخ العقد، فلا يبقى محل لوجوب التقابض، وعند من يلتزم بعدم وجوب التقايض في مجلس العقد وجواز تأخيره إلى أن يتفرقا فلا مجال لدخول الخيار حينئذ لأن العقد يبطل بالتفرق بدون القبض وقبله لا يكون مملكاً حيث إن سلطنة كل من المتعاقدين على ما له لا تزال كما كانت قبل العقد، فلا فائدة من الخيار بناء على ذلك، قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: أما لو قلنا بعدم وجوب التقايض وجواز تركه إلى التفرق المبطل للعقد ففي أثر الخيار خفاء، لأن المفروض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه وعدم حق لأحدهما في مال الآخر[2].

---

(١) والمراد من بيع الصرف هو بيع النقدين الذهب والفضة بمثلهما والمراد من السلم بيع مال في الذمة بثمن معجل، كان يبيع مقداراً معيناً من الحنطة يستلمها المشتري بعد مدة معينة بثمن يدفعه نقداً.

(٢) وقال الخونساري في منية الطالب: وعلى أي الأحوال لا وجه لتعلق الخيار بالعقد قبل القبض، لأن الخيار يتعلق بالعقد الذين لولاه لكان العقد لازماً، فإذا لم يكن كذلك فلا معنى لتعلق الخيار به.

هـذا كله بالنسبـة إلى الخيار قبـل القيض، أمابعـد القيض فـلا أشكـال بثبـوته لأن العقـد يتم ويلزم بقبض العوضين، فتكـون فائـدة الخيار هي تسلط العاقدين على حل العقد واسترجاع العوضين.

ومهمـا كـان الحـال فخيـار المجلس بعـد أن كـان حقـاً من حقـوق المتعاقدين الثـابتة لهمـا فهو كسـائر حقـوقهما المكتسبـة التي يعود إليهمـا أمر التصرف فيها، فلو اشترط المتعاقدان في العقد إسقاطه يلزمهما الشرط ويسقط الخيـار المذكـور كما يـدل على ذلك قـول الرسـول (ص): المسلمـون عنـد شروطهم إلا شرطاً أحل حـراماً أو حـرم حلالاً، هـذا بالإضـافة إلى غيـره من النصوص الأخرى التي تؤكد وجوب الوفاء بـالشرط، ولا يتنـافى ذلك مـع أدلة الخيـار، لأن تلك الأدلة مفـادها جعـل الخيار للمتعـاقدين بعـد إتمـام العقـد فتكون أدلة الشروط حاكمة على أدلة الخيار ومفسرة للمراد منها. ونتيجة ذلك أن هذا الخيار إنمـا يثبت للمتعاقـدين إذا لم يشترطـا سقوطـه، كما وأن هـذا الشـرط لا يخالف مقتضى العقـد كمـا ادعى ذلـك بعض الفقهـاء، لأن خيـار المجلس ليس من مقتضيات عقد البيـع، ولا هو جـزء من معناه، وإنمـا يثبت للمتعاقدين بالأدلة الخاصة الخارجة عن العقود وأدلتها، ويـظهر من النصـوص الفقهية أن اشتراط سقوط هذا الخيار إنما يوجب سقوطـه إذا كان الشـرط قيداً في العقـد، فلو اتفقا عليـه قبل العقـد فلا تشمله أدلـة الشـروط، لأن الشـرط المستقل عن العقد أشبه بالـوعد أو التبـرع، وهذا النـوع من الاتفاق لا يسمى شرطاً كما نص على ذلك اللغـويون، لأن الشـرط على حد تعبيـر الفقهاء هـو الإلـزام والالتزام المـرتبط بغيره، ومـع الشك والتـردد في صدق الشـرط على الاتفـاقات الابتـدائية، لا يمكن الاعتمـاد على أدلة الشـروط لإثبـات وجـوب الوفاء به، لعدم إحراز كونه مصداقاً للشرط.

وكما يسقط هذا الخيـار فيما لـو اشترط المتعـاقدان سقـوطه في العقـد يسقط أيضاً فيما لو أسقطاه بعـد العقد، وهـذا النوع من الإسقـاط هو المتيقن من موارد سقوط هذا الخيار عند جميع الفقهاء، ذلك لأن الخيـار من الحقوق

الثابتة للمتعاقدين، ومن أبرز خصائص الحقوق أنها تسقط بالإسقاط كما ذكرنا في المباحث الأولى من هذا الكتاب.

ويسقط أيضاً بتفرق المتعاقدين عن مجلس العقد، كما نص على ذلك قول النبي (ص): فإذا افترقا وجب البيع، ولا بد وأن يكون الافتراق المسقط للخيار بإرادتهما واختيارهما، كما يستفاد من قوله (ع): فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا.

ومن ذلك تبين أنهما لو أكرها على التفرق أو اضطرا إليه لا يسقط هذا الخيار، ويؤيد ذلك قوله (ع) في حديث الرفع: رفع ما أكرهوا عليه وما اضطروا إليه، ومن المعلوم أن المراد من رفع الإكراه والإضطرار هو رفع الآثار الثابتة لتلك الأفعال عن طريق الشارع، هذه الأفعال لو أوجدها المكره مثلاً بدافع التخلص من ضرر المكره لا تترتب عليها الآثار الثابتة لها، وحيث إن الشارع قد اعتبر تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد كاشفاً عن رضاهما ورغبتهما الأكيدة في المضي على العقد، أسقط حقهما من الخيار بعد انصرافهما عن المجلس الذي أوقعا به المعاملة، فإذا أكرها على الإنصراف منه أو اضطرا لذلك لا يترتب الأثر الشرعي الذي جعله الشارع في هذه الحالة، ولازم ذلك بقاء الخيار ولا سيما لو منعهما المكره من استعمال الحق الثابت لهما وهما في مجلس العقد، ذلك لأن تفرقهما والحال هذه لا يكشف عن رغبتهما ورضاهما بتلك المعاملة، وقد جاء في بعض النصوص ما يشير إلى أن التفرق إنما كان الحد الأقصى لهذا الخيار من حيث كونه كاشفاً عن الرضا بالعقد.

هذا كله فيما لو أكره الطرفان على التفرق، فلو أكره أحدهما دون الآخر، كما لو أخرج أحدهما وبقي الآخر في مجلس العقد مختاراً، فقد رجح جماعة من الفقهاء سقوط خيارهما معاً. وذهب آخرون إلى سقوطه بالنسبة لمن بقي في المجلس وبقائه للمكره الخارج عنه، واختار فريق ثالث

من الفقهاء بقائه لهما معاً[1].

وجاء في بعض النصوص ما يشير إلى أنه لو خرج الطرف الذي لم يتوجه له الإكراه من مجلس العقد يسقط خيارهما معاً. فقد جاء في بعض المرويات عن الإمام (ع) أنه قال: فلما تبايعنا قمت فمشيت خطا ليجب البيع، وهي بظاهرها تدل على بقاء الطرف الثاني في المحل الذي وقع به البيع، فيكون الافتراق من جانب واحد كافياً في سقوط هذا الخيار بحقهما معاً، على أن جميع النصوص التي تعرضت لهذا الخيار قد اعتبرت التفرق هو الحد الأقصى لبقائه، والتفرق كما يحصل بخروجهما معاً من مجلس العقد يحصل أيضاً بخروج أحدهما وبقاء الآخر.

ومهما كان الحال فخيار المجلس مع أن النصوص التي تعرضت له رواها السنة والشيعة عن النبي (ص)، ومع ذلك فالمذاهب الأربعة لم تتفق على ثبوته للمتعاقدين، فقد أثبته لهما الشوافع والحنابلة اعتماداً على النصوص التي أشرنا إليها، وجاء في رواية البخاري بالإضافة إلى ذلك أنه (ص) قال: إلا بيع الخيار يقول أحدهما للآخر اختر، وقد أثبته الحنابلة والشوافع في البيع والصلح والإجارة والقسمة إذا كانت من نوع البيع، وأنكره الأحناف والمالكية مع اعترافهما بصحة الحديث الذي اعتمدت عليه بقية المذاهب.

---

(١) وهذا الرأي أقرب للاعتبار من سابقيه، ذلك لأن الطرف الذي تعرض للإكراه لا يسقط خياره من حيث إن خروجه لا يكشف عن رغبته في بقاء العقد، والطرف الآخر لا يزال باقياً في المجلس، والافتراق المقسط هو الكاشف عن رغبتهما معاً في الالتزام بالعقد ورضاهما فيه، كما تشير إليه رواية الفضيل بن يسار عن الإمام الصادق (ع) وقد جاء فيها: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا متهماً، وبناء على ذلك لو انصرف الطرف الذي لم يتعرض للإكراه عن مجلس العقد باختياره لا يسقط خياره، لأن المسقط هو التفرق الكاشف عن رضا الطرفين، انظر منية الطالب للخونساري ص ٣١ من مباحث الخيارات.

قال في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الحديث يوجب العلم وإن كان من طريق الآحاد، ولكنهما لبعض الاستحسانات، بنوا على أصالة اللزوم في العقود والتزموا بتأويله.

وأجاب عنه القرافي في الفروق بعشرة أجوبة، ومن بينها أن المراد من المتبايعين اللذين لهما الخيار ما داما متشاغلين في البيع، أي قبل تمام العقد، والمراد من افتراقهما الذي ينتهي به الخيار هو انتهائهما من العقد، وبعد أن أورد في الفروق الأوجه العشرة التي اعتمد عليها النافون لهذا الخيار، استدل بالحديث نفسه على عدم الخيار للمتعاقدين في مجلس العقد بما ملخصه: أن القائلين بهذا الخيار إنما أثبتوه للمتبايعين من حيث هما متبايعان، وتعليق الحكم على الوصف يقتضي أن يكون الوصف علة للحكم، كما وأن انعدام العلة علة لعدم الحكم، وذلك نظير الإسكار الذي جعله الشارع علة لحرمة الخمر، فعدمه علة لعدم الحرمة. وقد نص الحديث على ثبوت الخيار للمتبايعين، وهذا العنوان لا يصدق حقيقة عليهما إلا في حال تلبسهما في البيع، فإذا تم الإيجاب والقبول لا يصدق عليهما هذا الوصف إلا بنحو التجوز، وإذا كان هذا الوصف بمعناه الحقيقي علة لثبوت الخيار فبعد تمام البيع لا يبقى للطرفين هذا الوصف فتنتفي علة الخيار، وبانتفاء العلة ينتفي المعلول، فيكون الحديث من الأدلة على عدمه كما يدعي القرافي في الفردق[1].

ومجمل القول إن الأحناف والمالكية متفقون على عدم ثبوته للمتعاقدين ما داما في مجلس العقد، ولكن الأحناف قد أثبتوه لهما إذا اشترطاه في أثناء العقد، والمالكية أبطلوا العقد والشرط معاً فيما إذا اشترطاه[2].

---

(١) انظر الجزء الثالث حتى الفروق للقرافي ص ٢٧٢ وما بعدها وانظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ١٧٠ والفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ١٧٢ و١٧٣. .

(٢) المصادر السابقة.

خيار الحيوان

الثاني من الخيارات خيار الحيوان، وهو من الخيارات المتفق عليها بين فقهاء الإمامية، ونص أكثرهم على أن هذا الخيار للمشتري وأنه وحده مسلط على حل العقد في الأيام الثلاثة الأول من تاريخ صدور العقد، وجاء في جملة من النصوص ما يؤكد بأنه من مختصات المشتري.

فقد روى الفضيل بن بسار عن الإمام جعفر بن محمد (ع) قال قلت له: ما الشرط في الحيوان، قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: ما الشرط في غيره؟قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا.

وجاء في رواية ابن رئاب عنه (ع) قال: سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لكليهما؟ قال (ع) الخيار لمن اشترى نظرة ثلاثة أيام، فإذا مضت الثلاثة أيام فقد وجب الشراء. إلى غير ذلك من النصوص التي تعرضت لحكم المشتري في مورد السؤال عن ثبوته لأيهما، وعلى هذه النصوص قد اعتمد الفقهاء في حكمهم بأن هذا الخيار من مختصات المشتري لا غير، وقد أثبته بعض الفقهاء لهما معاً، كما أثبته جماعة لمن انتقل إليه الحيوان سواء كان بائعاً أو مشترياً اعتماداً على النصوص التي تشير إلى ذلك[1].

(١) وقد روى محمد بن مسلم عن الصادق في جواب سأله عن هذا الخيار وأنه قال وصاحب =

ولا يتنافى هذا الخيار مع خيار المجلس الثابت للمتعاقدين ما داما في مجلس العقد، فلو استمر المتعاقدان في مجلس العقد ثلاثة أيام أو أكثر ينتهي خيار الحيوان، ويبقى لهما حق الاختيار إلى أن يتفرقا، كما وأنه لو تفرقا بعد العقد مباشرة أو قبل مضي الثلاثة يسقط خيار المجلس ويبقى لهما حق الفسخ إلى أن تنتهي الأيام الثلاثة.

وذهب جماعة من الفقهاء إلى أن مبدأ خيار الحيوان بعد تفرق المتعاقدين، أي أنه يحدث حيث ينتهي خيار المجلس، واحتجوا لذلك بأن الخيار إنما شرع لأحداث السلطنة للمتعاقدين على حل العقد، وهذا الحق ثابت لكل من الطرفين ما داما في المجلس الذي أنشأ فيه العقد، ومع الشك والتردد في زمان حدوثه فمقتضى الإستصحاب عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين عن مجلس العقد، هذا بالإضافة إلى أنه لو قلنا بحدوث هذا الخيار من حين العقد يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد، أي يلزم أن يكون للمشتري مثلاً خيارين كل واحد منهما يبيح له حل العقد وتعدد الأسباب يستتبع تعدد المسببات بحكم العقل، ذلك لأن الأسباب المتعددة إذا تقدم أحدها في الوجود كان هو المؤثر وحده فلا يكون الثاني سبباً، وإن تقارنت الأسباب، كان كل واحد منهما جزء السبب، ومن مجموعها يتكون السبب المؤثر[1].

الحيوان بالخيار ثلاثة أيام، وعلى هذه الرواية اعتمد أنصار القول الأخير.

(١) ولكن الانصاف أن هذه النقوض الثلاثة لا تصح لإثبات المدعي، ذلك لأن أصالة عدم حدوثه قبل تفرق المتعاقدين لا يثبت حدوثه بعد تفرقهما إلا بالملازمة، وهذا النوع من الاستصحاب لا يجوز الاعتماد عليه، كما ثبت ذلك في أصول الفقه الجعفري، وفي خصوص اجتماع السببين على مسبب واحد، فالعقل إنما يمنع من ذلك في الأسباب التكونية، أما لأسباب الشرعية فهي أشبه بالعلامات والمعرفات وعندما تتعدد يستند التأثير إلى الجميع باعتبارها سبباً واحداً، على أن تعدد الخيار في المقام ليس عديم الفائدة كما يدعي انصار هذا الرأي، ذلك لأنه إذا استمر المجلس إلى ما بعد الثلاثة يسقط خيار الحيوان ويبقى خيار المجلس، وبالعكس فيما لو تفرق المتعاقدان بعد العقد مباشرة واسقطا خيارهما.

ويبـدو من أدلة هـذا الخيار ومن نصـوص الفقهاء أن هـذا الخيار يسقط فيما لو اشترط المتعاقدان سقوطه في أثناء العقد وفيما لو أسقطاه بعـد العقد، كما يسقط فيما لو تصرف المشتري بالحيوان تصرفاً يكشف عن التزامه ورضاه ببقـاء العقد ودوامـه، بنحو يكـون التصـرف من شؤون سلطنـة المـالـك على ملكه، وقد اعتمد الفقهاء في هذا الحكم على النصوص الكثيرة التي تعرضت لحال الخيار في مثـل هذه الحـالات، ومن هذه النصـوص ما رواه محمـد بن الحسن المعروف بالصفـار عن أبي محمد الحسن العسكـري (ع): قال كتبت إليه أسأله عن رجل اشترى دابة فأحدث فيها حدثاً، أو ركب ظهرهـا فراسـخ، أله أن يردها في الثلاثـة أيام التي لـه فيها الخيـار بعد أن أحـدث فيها أو ركب ظهرها؟ فوقع (ع) إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب البيع إن شاء الله.

ومع هذا النص وغيره من النصوص التي تعرضت لهذه المسألة صريحة في أن تصـرف المشتري في المبيـع مسقط لخياره ولم تشتـرط فيـه أن يكـون كاشفاً عن التـزام المتعاقـدين في العقد، ومـع ذلك لم يكتف الفقهـاء بمطلق التصـرف، بل اعتبـروا فيه أن يكـون كاشفـاً عن رغبـة المشتـري في الالتـزام بـالعقد وتنفيـذه، ولعل الـوجه في ذلـك، إن الاطلاق المـوجود في الـروايات منزل على الغالب، حيث إن المشتري إذا كان متـردداً في المضي على العقد لا يتصرف فيه غالباً بالتصرفـات التي لا تصح إلا من المـالكين، فإذا تصـرف بمثل هذا النوع من التصرفات لا بد وأن يكون ملتزماً بالعقد، ومن أجل ذلـك أضاف الفقهاء هذا القيد إلى التصرف.

* * *

الخيار الثابت بالشرط

من الخيارات الثابتة لأحد المتعاقدين أو لكليهما ما لو اشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما الخيار لنفسه مدة من الزمن محددة في بدايتها ونهايتها، وقد أجمع الفقهاء على صحة هذا الشرط ووجوب الالتزام به، ولا يبعد أن يكون اتفاق الفقهاء على لزوم هذا الشرط وترتيب الآثار عليه مستمداً من النصوص العامة التي أكدت وجوب الالتزام بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب ولم يستلزم تحريم الحلال وتحليل الحرام.

ثم إنه لا فرق بين أن يكون زمان هذا الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه، كما لو تعاقدا واشترطا أن يكون لكل واحد منهما الخيار في حل العقد بعد شهر أو أكثر من تاريخ إبرامه.

قال العلامة الحلي في التذكرة: لو شرط الخيار في الغد، صح عندنا خلافاً للشافعي، ولا بد من تعيين مدة الخيار، فلو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج مثلاً أو حصاد القمح بطل الشرط للجهالة المؤدية للغرر».

وكما يفسد الشرط فيما لو كانت المدة مجهولة يفسد أيضاً فيما لو قال بعتك الدار بشرط أن يكون لي الخيار، ولم يذكر المدة، لتساويهما في الجهالة المؤدية إلى الغرر.

وقـد رجح جمـاعة من الفقهـاء صحة الشـرط في هـذه الصـورة ويتعين بثلاثة أيام، وادعى بعض الفقهاء الإجماع على ذلك، ونص الشيـخ الطولسي في كتابه الخلاف: أن تعيين المدة بثلاثة أيـام مستفاد من النصـوص المرويـة عن الأئمة (ع)، وبذلك يرتفـع الغرر بسبب التحـديد الشـرعي لمدة الخيـار، وإن لم يتعرض له المتعاقدان.

وجاء في المكاسب، وحاشيتها للسيد اليزدي وغيـرهما: مـا يؤكد عـدم وجـود إخبار في هـذه المسألـة بخصوصهـا، وإن الاخبار التي ادعـاها الشيـخ الـطوسي قـد وردت في خيـار الحيـوان، ومنهـا قـد استنتـج حكمـه في هـذه المسـألة. وجـاء فيهـا أن الإمـام (ع) قـال: الشـرط في الحيـوان ثـلاثـة أيـام للمشتري اشترط أو لم يشترط، وقد فهم منها أن الشرط في غيره ثلاثة أيام إذا اشترط الخيار وإن لم يعين المدة[1] ونظراً لعـدم وجود نص في هـذه المسألـة بخصـوصها وعـدم كفايـة النص الذي اعتمـده الشيخ الـطوسي لإثبات صحـة الشرط وتعيين المدة بثلاثة أيام، نظراً لذلك فإن جماعة من الفقهاء لم يترددوا في بطلان هذا النـوع من الشروط، لكـونها من مصـاديق الغرر المنهي عنـه، ولعـدم وجـود النص الشـرعي المخـرج لهـذا النـوع من الجهـالـة عن الغـرر موضوعاً أو حكماً.

ولو عين مدة الخيار ولكن لم يعين زمان حدوثه، فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أنه يحدث بعـد العقد مبـاشرة ويستمـر إلى نهايـة المدة التي اتفقـا عليها لتبادر ذلك من إطلاقه على حد تعبيرهم.

ورجح فريق من الفقهـاء: أن مبدأ حـدوثه بعـد تفرق المتعـاقدين، أي بعـد انقضاء خيـار المجلس، ذلـك لأن المقصـود من جعـل الخيـار أحـداث السلطنـة على حل العقـد بنحو لـولا جعل الخيـار يكون العقـد لازماً بـالنسبة للمتعاقدين، وقبل تفرق المتعـاقدين يحق لكـل منهما فسـخ العقد واسـترجاع

---

(١) انظر حاشية السيد كاظم على مكاسب الأنصاري.

العوض الذي ملكه للآخر، فلا يبقى لجعل الخيار من فائدة في هذه المرحلة.

وعلى كل حال فلو علم من حالهما أنهما قصداه من حين العقد، أو من زمان التفرق، أو بعد يوم أو أكثر تعين العمل بما قصداه، ولو أطلقا ولم يعينا مبدأ حدوثه فمن الجائز القريب أن يكون بعد تفرقهما عن مجلس العقد[1].

وكما يصح للمتعاقدين أن يجعلا الخيار لهما في حل العقد يجوز لهما أن يجعلا الخيار لغيرهما واحداً كان أو أكثر، لعدم منافات ذلك لأدلة الشروط التي تنص على وجوب الوفاء بكل شرط إذا لم يخالف الكتاب والسنة، ولم يتنافى مع مقتضى العقد، أو مع حكم منصوص عليه بأدلة التشريع، ولازم جعل الخيار لأكثر من واحد أن يكون لكل واحد منهما الحق في الفسخ وإمضاء العقد، فلو اتفقا على الفسخ والإمضاء نفذ اتفاقهما، ولو فسخ أحدهما وأمضى الآخر، تعين تقديم الفاسخ، لأن مرجع الإجازة من الآخر إلى إسقاط الخيار المجعول له[2].

ولا يبعد في المقام تقديم الأسبق منهما، ولو تقارنا بطلا معاً.

والظاهر أن هذا الخيار متفق عليه عند فقهاء المذاهب الأربعة، ولهم فيه خلاف واسع حول المدة التي يحدد بها وبعض النواحي الأخرى، ويصح اشتراطه عند الجميع للمتعاقدين ولأحدهما وللأجنبي، وإذا جعلاه للأجنبي يسقط خيارهما عند الشوافع والحنابلة، ويصبح الخيار للأجنبي وحده، ويشترك مع المتعاقدين في الخيار بنظر الأحناف، فإن اتفقا على الفسخ أو الإجازة نفذ اتفاقهما، وإن اختلفا ينفذ تصرف الأسبق منهما، وإن تصرفا في آن واحد فأجاز الأجنبي وفسخ المالك العاقد مثلاً أو بالعكس يقدم الفسخ

---

(١) انظر المكاسب للشيخ الأنصاري والجواهر للشيخ محمد حسن النجفي، والسرائر لابن إدريس العلي.

(٢) انظر الجواهر والمكاسب مباحث الخيارات.

على الإجازة.

وعند الحنابلة لا يصح جعل الخيار للأجنبي مستقلاً، فلو جعله أحد المتعاقدين لشخص ثالث لم يصح الشرط، لأن الخيار شرع لمنفعة المتعاقدين.

ومن ناحية المدة التي ينبغي أن يحدد بها الخيار، فعند الأحناف إذا كانت المدة غير معينة، أو كان غير محددة بالزمان أصلاً، يكون من الشروط الفاسدة إذا كان مقترناً بالعقد، أما إذا كان بعده، كما لو باع شخص سلعة لآخر، وبعد اتمام البيع بمدة من الزمن التقى به وقال له أنت بالخيار ولم يعين زمناً، ففي مثل ذلك يثبت له الخيار ما دام في المجلس الذي أخبره فيه بأن له الخيار.

وإذا حدد زمن الخيار بثلاثة أيام لا غير يقع صحيحاً ويجب الوفاء به، ولو حدده بشهر أو أكثر يقع فاسداً عند أبي حنيفة وصحيحاً عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

وذهب المالكية إلى أن خيار الشرط بلحاظ المبيع إن كان من نوع الأراضي وما يتصل بها من بناء وأشجار يصح اشتراطه لمدة تتراوح بين ستة وثلاثين يوماً وثمانية وثلاثين فإذا زادت المدة عن ذلك يقع فاسداً، وإن كان المبيع من نوع الثياب وغيرها من العروض يصح جعل الخيار لأحدهما خلال مدة تتراوح بين ثلاثة أيام وخمسة، وكذا في الحيوانات التي ليست معدة للركوب والنقل، وإذا كان المبيع من هذا النوع، فإن كان اشتراط الخيار لغرض التثبت من غلائها ورخصها فيصح اشتراطه في المدة المذكورة، وإن كان لأجل التثبت من صلاحيتها للركوب والاستعمال، ففي البلد الذي جرى فيه العقد لا يصح اشتراط الخيار فيها أكثر من يومين، وفي خارج البلد يصح اشتراطه إلى مسافة بريد لا غير، ويفسد الشرط إذا تجاوز الحدود المذكورة.

وقال الشوافع: إن مدة الخيار لا يصح أن تتجاوز ثلاثة أيام، ولا بد

فيها أن تكون متصلة بالعقد ومتوالية، ورتبوا على ذلك أن البائع لو باع داره وجعل الخيار للمشتري في اليوم الثاني بطلان العقد والشرط، وكذلك فيما لو عينها بثلاثة أيام وكان اليوم الأول متصلاً بالعقد واليومان الباقيان منفصلان عنه.

ولم يشترط الحنابلة أمداً معيناً فكما يصح اشتراطه لثلاثة أيام يصح إلى سنة وأكثر منها على شرط أن تكون المدة معينة من حيث المبدأ والمنتهى(١).

ويصح شرط الخيار عند الأحناف في الإجارة والمزارعة والخلع على مال، وفي القسمة والرهن والكفالة والحوالة والإبراء من الدين والشفعة والإقالة ونحو ذلك من العقود اللازمة من الطرفين ومن طرف واحد(٢).

ولا يدخل هذا الخيار عند الجعفريين أي الخيار الثابت بالشرط في الايقاعات كالطلاق والعتق والإبراء والصلح المفيد فائدة الأبراء، كالصلح على ما في الذمة أو على إسقاط الدعوى القائمة بين المتخاصمين، أما الصلح المعاوضي فيدخله هذا الخيار كغيره من عقود المعاوضة، وقد علل جماعة من الفقهاء عدم صحته في الايقاعات، بأن الايقاعات مبنية بمقتضى وضعها على اللزوم كغيرها من العقود ولولا وجود الدليل المسوغ لدخول هذا الشرط في العقود التي تصح فيها الإقالة ويدخلها الخيار لم نلتزم بصحة هذا الشرط، أما بالنسبة إلى الايقاعات فلم يعهد عن الشارع أنه رخص في التراجع عنها بعد إنشائها على الوجه الشرعي، وإذا لم يكن التراجع عنها مشروعاً فاشتراط الخيار فيها لا يشرع صحة التراجع والغاء تلك الآثار الثابتة لها، هذا بالإضافة إلى أن الايقاعات تتم بإرادة واحدة ومن طرف واحد، ولا يصدق الشرط إلا بالالتزام والترابط من الطرفين كما أشرنا إلى ذلك في أوائل هذا الفصل.

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الثاني ص ١٧٥ إلى ١٨٠.
(٢) نفس المصدر.

ومهما كان الحال فالعقود منها ما لا يدخله هذا الخيار بالاتفاق، ومنها ما يدخله بالاتفاق، ومنها ما هو مختلف فيه، فمن النوع الأول عقد النكاح كما نص على ذلك الشهيد الثاني في المسالك، والشيخ الطوسي في الخلاف والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ولم يظهر من نصوص الفقهاء ما يشير إلى صحة اشتراط الخيار في فسخ النكاح لأحد الزوجين أو لكليهما، ولعل ذلك من حيث إن دخول هذا الشرط في النكاح يعرضه لأن يكون هدفاً لميول الزوجين، وللزوال في كل لحظة، وذلك يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية وعدم الاطمئنان إلى الغاية التي يهدف إليها كل من الزوجين بزواجهما.

ومن الثاني عقود البيع بجميع أقسامها والإجارة والمزارعة والمساقات ونحو ذلك مما هو لازم من الطرفين.

ومن الثالث الوقف والهبة والضمان والرهن وبيع النقدين بمثلهما المعبر عنه بالصرف في عرف الفقهاء، هذه العقود لم يتفق الفقهاء على دخول شرط الخيار فيها أو عدمه كما يبدو ذلك من المجاميع الفقهية، مع العلم بأن بقية العقود كالعارية والوديعة والوكالة والجعالة ليست محلاً للبحث من هذه الناحية لجواز الرجوع لكل منهما في العقد في جميع الحالات.

وقد أطال الفقهاء في الحديث عن خيار الشرط وأنواعه وشروطه، وما يتفرع عليه، ولا يهمنا أن نستقصي جميع تلك المباحث بعد أن عرضنا النواحي الرئيسية من تلك المباحث، وكما ذكرنا لأكثر من مناسبة أن النهج الذي سلكناه في هذا الكتاب لا يتخطى المسائل الهامة والأركان التي تتكون منها العقود وما يتفرع عنها، وآراء الفقهاء فيها.

خيار الغبن

من الحالات التي يصح لأحد المتعاقدين التراجع عن العقد، ما لو كان أحدهما مغبوناً فيما انتقل إليه عوضاً عن ماله، وفي هذه الحالة يصح للمغبون الذي أعطى أكثر مما أخذ جاهلاً بالتفاوت فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للآخر ولأن هذا النوع من المعاوضات لا يخلو من الخداع في الغالب واستغلال جهل الطرف الآخر بالثمن الواقعي، أطلق الفقهاء على هذا النوع من المعاملات بالمعاملات الغبنية من حيث إنها لا تخلو من الخداع في الغالب، وقد يكون التفاوت بين العوضين ناتجاً عن جهلهما معاً بالواقع.

فالمعول على التفاوت بين المالين الناتج عن جهل الطرف الآخر سواءً كان البائع مثلاً مخادعاً له أم لا، والظاهر أن الفقهاء متفقون على أن للمغبون الحق في فسخ العقد وإمضائه بالعوض الذي جرى عليه العقد، واستدل الفقهاء على هذا الخيار بأن التساوي بين المالين في المعاوضات من الشرائط الضمنية المتفق عليها بين المتعاقدين، فالعقد تام بجميع مقوماته وعناصره، لم يفقد شيئاً سوى التساوي الذي بني عليه الرضا بتلك المعاملة، فإذا تبين بعد العقد أن المعاملة فاقدة لهذا الشرط يحق للطرف الآخر إبطالها وله أن يقرها مع هذا التفاوت، ولا يبعد إلحاق الشروط الضمنية بالشروط الصريحة من حيث ثبوت الخيار فيها، ومن أمثلة ذلك ما لو امتنع أحد الطرفين من

تسليم العوض إلى الآخر، فيثبت للطرف الثاني الخيار في الفسخ وان لم يشترط عليه التسليم صراحة في العقد، وليس ذلك إلا من حيث التباني بين المتعاقدين على التسليم والتسلم بينهما[1].

واستدل العلامة الحلي على هذا الخيار بقوله تعالى: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم.

والمغبون إنما أقدم على المعاملة بناء منه على تساوي العوضين، ولم يرض بها إلا لبنائه على ذلك، وحيث إن التساوي من الصفات، وتخلف الصفة لا يوجب أكثر من إعطاءه الحق في فسخ العقد.

على أن إلزامه بالمعاملة في هذه الحالة اضرار به، وأضاف إلى ذلك أن النبي (ص) قد أثبت الخيار في البيع الواقع بين أهل البلد والوافدين عليها، كما لو اشترى أهل البلد من الوافدين أو باعوهم قبل وصولهم إلى الأسواق والتعرف على الاسعار، وليس ذلك إلا من حيث إن هذه المعاملات لا تسلم من الاستغلال في الغالب[2].

ومن أدلة هذا الخيار لا ضرر ولا ضرار في الإسلام لو كان اعتبار التساوي بين المالين من الشروط الضمنية كما جاء في منية الطالب ومجمل الاستدلال بالقاعدة: أن التساوي بين المالين لو كان من مقتضيات المعاوضة التي يقوم عليها نظام الناس في معاشهم، لم يكن الطرف الآخر المغبون ملتزماً بالغبن والتفاوت الواقع بين المالين، فالزامه بالمعاملة مع أنه لم يلتزم بها مع هذا التفاوت مرفوع بمقتضى لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وإذ لم

---

(١) وقد أنكر الشيخ الأنصاري كفاية هذا النوع من الثياني في إثبات الخيار واحتج لذلك بأن تساوي العوضين في المالية ليس من الأغراض الأساسية في المعاملات ولا هو من أجزاء العقود وأركانها، وإنما هو من الدواعي الخارجة عنها كالبيع لوفاء الدين أو للانفاق ونحو ذلك مما يدعو للمعاوضة، وتخلف الدواعي لا يوجب تزلزل العقد إلا إذا كان قيداً صريحاً في العقد.

(٢) وقد عبر الفقهاء عن هذا الخيار، بخيار تلقى الركبان.

يكن ملزماً بالمعاملة من هذه الحيثية يكون مخيراً بين حل العقد واسترجاع ماله وبين المضي على المعاملة.

أما إذا لم يكن التساوي بين المالين من الشروط الضمنية بأن كان من الشروط البنائية التي لا تقتضيها طبيعة المعاوضة، أو كان من قبيل الدواعي الخارجية القائمة في نفس المتعاقدين فالضرر لم ينشأ من إلزام المغبون بالالتزام بالعقد، وإنما حصل من إقدامه على المعاملة ومن بنائه على تساوي العوضين، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام مفادها رفع الحكم الضرري فيما لو كان الضرر حاصلاً من قبل ذلك الحكم(١).

ومهما كان الحال فالفقهاء متفقون على ثبوت الخيار للمغبون بين إمضاء العقد وفسخه، ويكفي لإثبات هذا الخيار الإجماع القائم عليه لو افترضنا أن الأدلة التي استدل بها الفقهاء لا تكفي لإثباته. ولا بد لثبوت هذا الخيار من شرطين:

الأول: أن لا يكون المغبون عالماً بالتفاوت بين العوضين، فلو كان عالماً به ومع ذلك أقدم على المعاملة فلا يكون مغبوناً، لأنه أقدم على دفع الزائد بإرادته واختياره، ولا حرج على الإنسان أن يتصرف في أمواله كما يشاء بإرادته واختياره.

الشرط الثاني: أن يكون التفاوت بين العوضين مما لا يتسامح الناس في مثله عادة، كما لو باع شخص ما قيمته عشرة دنانير بخمسة عشر دينار

---

(١) هذا ولو بنينا على أن التساوي من الشروط الضمنية التي تقتضيها طبيعة المعاوضة بنحو لم يكن المغبون مقدماً على الضرر وملتزماً به، فغاية ما يترتب على ذلك عدم التزامه بالمعاوضة من حيث إن الزامه بها والحال هذه ضرر لم يقدم عليه، وحديث لا ضرر مقتضاه رفع الحكم الضرري فيما لو كان الضرر ناشئاً عن طريق الحكم، ولا يلزم من ذلك أكثر من تزلزل العقد، وهذا المقدار لا يثبت الخيار للمغبون بين فسخ العقد وإمضائه بتمام الثمن، لأن الغبن كما يندفع بذلك يندفع أيضاً بالالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت أو فسخه بمقدار الزائد عن ثمن المبيع.

معتقداً أن المبيع يساوي هذه القيمة، فإن هذا المقدار من التفاوت لا يتسامح به المتعاقدان في الغالب، فلو كان التفاوت يسيراً بأن باع ما يساوي عشرة دنانير بأحد عشر ديناراً، فلا خيار في مثل ذلك لأن هذا المقدار من التفاوت قد يقدم عليه المتعاقدان حتى مع علمهما به، ولأن المعاوضات مبنية على التكسب والطمع في الربح، ولا يلزم من الزام المشتري بالمعاملة في مثل ذلك ضرر أو اضرار، ويبدو من النصوص الفقهية المنتشرة في كتب الفقهاء: أن الفقهاء بين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت هذا الخيار، بمعنى أن الخيار يحدث عند اطلاع المغبون على التفاوت بين العوضين، وبين من يقول بأن ظهور الغبن سبب لثبوت الخيار بمعنى أن الخيار يحدث من حين العقد، واطلاع المغبون على التفاوت يكون كاشفاً عنه.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري: ومما يؤيد الأول أنهم اختلفوا في صحة التصرفات الناقلة في زمن الخيار، ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن قبل اطلاع المغبون على التفاوت الموجب للخيار، ونص بعضهم على نفوذها في هذه الحالة وأن المغبون ينتقل بعد ظهور الغبن فيما لو فسح العقد إلى مثل المبيع أو قيمته، ولو كان ظهور الغبن كاشفاً عن ثبوت الخيار تعين الرجوع إلى عين المال فيما فسخ المغبون وتبطل التصرفات الواقعة عليه.

وأضاف إلى ذلك الشيخ الأنصاري: أن ظهور الغبن سواء كان سبباً لحدوث هذا الخيار أم كان كاشفاً عن حدوثه من حين العقد، فالآثار الثابتة لهذا الخيار منها ما لا يترتب إلا بعد ظهور الغبن، ومنها ما يترتب عليه بوجوده الواقعي، فالتصرف الواقع من المغبون قبل اطلاعه على التفاوت لا يوجب سقوط خياره، وفي ذلك ما يشعر بأن آثاره لا تترتب عليه إلا بعد وجوده وظهوره، كما وأن حكمهم بصحة إسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن هذا الحكم يشعر بأن هذا النوع من الآثار يترتب عليه بوجوده الواقعي، ولو كان ظهور الغبن سبباً لحدوث الخيار يلزم أن يكون إسقاطه بعد العقد وقبل ظهور الغبن لغواً، ومن الجائز أن يكون هذا التفاوت في ترتيب الآثار هو المسبب

لهذا التشويش والاختلاف بين الفقهاء في حدوثه من حين العقد أو من حين الإطلاع على التفاوت.

ومن مجموع ما تقدم تبين أن هذا الخيار قد شرع لتدارك ضرر العاقد المغبون، حيث إنه لم يقدم على المعاملة وهو يظن بهذا المقدار من التفاوت، ولم يرض بها إلا على أمل التساوي بين المالين، لذلك فقد جعل له الشارع الحق في فسخ العقد واسترجاع العوض الذي دفعه للعاقد الآخر، ونظراً لأن الدافع على تشريعه التخلص من الضرر اللاحق بالمغبون، لا يبعد ثبوت هذا الخيار في جميع المعاوضات المالية اللازمة كالبيع والإجارة والصلح المستعمل في مقام المعاوضات ونحو ذلك كما نص على ذلك جماعة من الفقهاء، ولم يستثنو من المعاوضات المالية إلا الصلح الواقع نتيجة للنزاع والتخاصم حيث إن الغاية منه في مثل هذه الحالات قطع الخصومة، وجعل الخيار لأحدهما في هذا النوع من العقود يتنافى مع الغاية التي وجد من أجلها.

وقد نص بعض الفقهاء: على أن كل عقد وقع من المتعاقدين، وكان مبنياً على التساهل والتسامح، هذا العقد أي كان نوعه لا يدخل هذا الخيار، حتى ولو كان بيعاً، ولا تشمله أدلة هذا الخيار.

ثم إن هذا الخيار المجعول للعاقد المغبون هل يسقط إذا لم يستعمله عند اطلاعه على الغبن، أو يبقى ولو لم يعلن عن رأيه في المعاملة بنحو يستمر إلى ما بعد زمان الاطلاع عليه؟ وقد نسب الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب إلى أكثر الفقهاء أنهم يرجحون سقوطه إذا اطلع العاقد المغبون على الغبن ولم يستعمل حقه في الفسخ أو الإمضاء بعد الاطلاع على الغبن.

ولعلهم يعتمدون في ذلك على أن التسلط على حل العقد إنما هو لأجل تدارك الضرر اللاحق بالعاقد المغبون، فإذا اطلع المغبون على الغبن وكان عالماً بأن الشارع أعطاه الحق ليتدارك الضرر الناتج من هذه المعاملة، ومع ذلك لم يستعمل هذا الحق يكون راضياً بالمعاملة ومسقطاً لحقه.

وقد حاول جماعة من الفقهاء استنتاج الحكم في هذه المسألة بالرجوع إلى بعض المبادىء الأصولية المدونة في أصول الفقه الجعفري من حيث إن هذه المسألة من مصاديق تلك القواعد المتفق عليها بين الأصوليين، وتتلخص القاعدة الأصولية بالبيان التالي.

إذا كان العام موضوعاً لحكم من الأحكام يستفاد منه ثبوت الحكم لكل فرد من أفراد ذلك العالم، ويستتبع ذلك عموماً من ناحية الزمان أيضاً، فإن ثبوت الحكم لكل فرد في كل زمان إن كان من حيث دلالة العموم على ذلك، بمعنى أن العام كما يدل على جميع الأفراد يدل أيضاً على ثبوت هذا الحكم لكل فرد في كل جزء من أجزاء الزمن، فلو كانت دلالة العام على أفراده على هذا النحو وخرج فرد من أفراد العام بالتخصيص، ولم يتبين أن خروجه في جميع الأزمنة أو في الزمان الأول، ففي مثل ذلك يتعين الرجوع إلى العموم بالنسبة إلى الزمن الثاني، لأنا قد فرضنا أن العام بعمومه يدل على ثبوت الحكم لكل فرد في كل جزء من الزمن، فالشك في خروج الفرد في الزمن الثاني يرجع إلى الشك في التخصيص بالنسبة إلى هذه القطعة من الزمن، وفي مثل ذلك لا بد من الرجوع إلى العام كما هو مقرر في أصول الفقه الجعفري.

أما إذا لم يتعرض العام بمقتضى عمومه إلا إلى الافراد، وكان استمرار الحكم في الزمان من حيث إنه قد أطلق حكمه ولم يقيده في زمان من الأزمنة، فيستمر الحكم لجميع الأفراد ايضاً، ولمن ليس من جهة دلالة العموم على ذلك، بل لأن عدم التقييد يستتبع استمرار الحكم في جميع الأزمنة، فإذا خرج فرد من العام بالدليل المخصص له وشككنا في خروجه في الزمن الأول أو في جميع الأزمنة ففي مثل ذلك لا يصح الرجوع إلى العام بالنسبة إلى الزمن الثاني، لأن هذا الفرد قد خرج من العموم بالتخصيص، واستمرار خروجه لا يستلزم تخصيصاً جديداً، فيتعين استصحاب حكم المخصص في الزمن الثاني.

وقد اتجه بعض القائلين بأن الخيار يسقط في الزمن الثاني إذا لم يستعمل المغبون حقه في الفسخ في الزمن الأول، إلى أن العمومات التي تدل على لزوم المعاملة كما تدل على لزوم كل فرد من أفراد العقود، تدل أيضاً على لزومها في كل جزء من أجزاء الزمان، فاذا جاء الدليل وأخرج فرداً عن حكم العام كما هو الحال في هذا الخيار وشككنا في ثبوته في الزمن الثاني بعد الاطلاع على الغبن يتعين الرجوع الى العمومات القاضية بلزوم العقد بالنسبة للزمن الثاني، لأن ثبوت الخيار فيه تخصيص زائد للعموم، ولازم ذلك سقوطه في زمان الشك استناداً لتلك العمومات.

كما اتجه بعض القائلين ببقاء الخيار في الزمن الثاني إلى أن العمومات القاضية بوجوب الوفاء بالعقود لا تدل إلا على وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود، واستمرار وجوب الوفاء في جميع الأزمنة إنما جاء من ناحية الاطلاق وعدم التقييد في زمان من الأزمنة، وبما أن العقد المشتمل على الغبن قد خرج عن حكم تلك العمومات بالأدلة المخصصة لها، ولا يلزم من خروجه في الزمن الثاني تخصيص زائد لها، وليس في أدلة التخصص ما يشير إلى خروجه في خصوص القطعة الأولى من الزمان المتصل بالعقد فيتعين استصحاب حكم الخاص في الزمن الثاني، ولازم ذلك استمرار الخيار[1].

---

(١) انظر المكاسب وشرحها للسيد كاظم مبحث خيار الغبن.

موقف الفقه المدني من الغبن

لقد اعتبر المدنيون الغبن من عيوب العقد، وعرفوه بأنه عبارة عن عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين في العقد الملزم للجانبين، قال السنهوري: ويتلخص من هذا التعريف الأمور التالية:

١ ـ إن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضات غير الاحتمالية، أما عقود المعاوضات الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن، لأن الأولى طبيعتها تقضي بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ولأن الثانية يعطي فيها أحد العاقدين ولا يأخذ، فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى.

٢ ـ إن الغبن يقدر وقت التعاقد فينظر إلى التعادل في ذلك الوقت، ولا عبرة بتغير القيمة بعد العقد.

٣ ـ إن الغبن يصعب الاحتراز منه، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش.

ولا بد مع ذلك من كون المغبون جاهلاً بالتفاوت بين المالين حين العقد، فلو كان عالماً به وأقدم على البيع بأقل من الثمن لا يكون مغبوناً بالمعاملة.

بهذه الشروط يلتقي الشرعيون والمدنيون التقاء كلياً وقد نبهنا عليها في

خلال حديثنا عن الغبن الموجب لتزلزل العقد في الفقه الجعفري.

وقد ذكرنا أن هذه الشروط إذا توفرت في العاقد المغبون يثبت لـه الحق في إبطال العقد واسترجاع ماله بمعنى أنه يكون مخيراً بين فسخ العقـد وبين الالتزام به كما وقع، وبذلك نصت المادة ٢١ من القانون المدني السويسري.

قال السنهوري: وتقضي المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري بأنه في حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً ما بين تعهد أحـد المتعاقـدين وتعهد المتعاقد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه، إذا كان قد دُفع إلى هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها، أو خفة أو عدم تجربة. بينما تنص أكثر القوانين على أن المغبون مخير بين أن يطلب إبطال العقد واسترجاع ماله وبين أن ينقص التزامه الناشىء عن العقد،ويبقى له الحق في ذلك خلال سنة من تاريخ إبرام العقد[1].

* * *

(١) انظر الوسيط للنهوري ص ٣٥٦ وما بعدها ونظرية العقد للدكتور مرقس ص ٢٧٠ وما بعدها.

موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المـذاهب الأربعة تبـايناً في وجهات أنظار الفقهـاء في الشروط والمـوارد التي يثبت فيها هـذا الخيار، فالرأي المشهور بين فقهاء المالكية أنه لا يجوز حل العقد لأجل الغبن فيه ولو كان كثيراً فوق العادة إلا إذا توفرت الشروط التالية:

الأول: يكـون المغبون وكيـلاً أو وصياً، فـإذا وكل شخص إنسـاناً لكي يشتري له سلعة فاشتراها له بأكثر من ثمنها الواقعي بحيث كان التفاوت فاحشاً فللموكل الخيار بين الرد والإمضاء وكذلك فيما لو وكله أن يبيع لـه فباع بـأقل من الثمن الواقعي.

الثاني: أن يستسلم المشتري للبائع أو البائع للمشتري، كان يقـول له: اشتري مني كما تشتري من سائـر الناس، فلو اشتـرى منه وتبين التفـاوت بين العوضين، فللمغبون منهما الخيار.

الثالث: أن يستأمن البائع أو المشتري الطرف الآخـر، ثم يتبين له بعـد ذلك ان التفاوت بين المالين كان فاحشاً.

والرأي الثاني للمالكية مع أنه أكثر اعتدالاً وموافقة للأصول أقـل انصاراً من الـرأي الأول وملخصـه أن التفـاوت بين المـالين بمقـدار الثلث، لـو كـان

الطرف الآخر عالماً به يحق للمغبون فسخ العقد في مثل ذلك.

ويدعي الحنابلة أن الغبن الفاحش لا يكون سبباً لحل العقد إلا في بيع تلقي الركبان وبيع النجش[1]، وفيما إذا لم يكن للبائع والمشتري معرفة بالأسعار ولا يحسنان البيع والشراء، ويقبل قول من يدعي الغبن بعد تحليفه اليمين إذا احتج بأنه لا يحسن البيع والشراء.

أما إذا كان المشتري أو البائع ممن يحسن البيع والشراء ولهما خبرة بالأسعار فالغبن مهما كان بالغاً لا يؤثر في جواز الفسخ.

وقال الأحناف: إن الغبن وحده لا يكفي لحل العقد إلا إذا كان فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين، وأن يكوي بالإضافة إلى ذلك ناتجاً عن تغرير الطرف الآخر كما لو أغراه بالشراء مثلاً ووصف له المبيع ببعض الصفات التي ترغبه في شرائه.

ولم يعتبر الشوافع حداً للتفاوت، فسواء كان كثيراً أم قليلاً لا يوجب الخيار إلا إذا كان ناتجاً عن التغرير والمخادعة.

والمتحصل من فقه المذاهب الأربعة أن الأقوال في هذه المسألة تنحصر في الأقوال الثلاثة التالية:

الأول: ثبوت الخيار للمغبون وإن لم يكن الغبن نتيجة لغرير الغابن، لأن الغبن ظلم يجب إزالته بالفسخ فيما إذا كانت العقود قابلة لذلك، كما نص على ذلك بعض فقهاء المالكية.

الثاني: أن الغبن إنما يوجب الخيار في بيع النجس والمسترسل[2]

---

(١) والمراد من بيع النجش أن يقوم شخص بزيادة ثمن السلعة المعروضة للبيع بدافع ترغيب الغير بها وإغرائه بشرائها فلو اشتراها في هذه الحالة مخدوعاً بالثمن الذي دفعه ذلك الشخص يثبت له الخيار.

(٢) المسترسل هو الذي يسلم الأمر إلى الطرف الآخر ولا يحسن المساومة مع جهله بالثمن.

وبيع تلقي الركبان[1] وفيما عدا ذلك لا يوجب الخيار كما يدعي الحنابلة.

الثالث: أن الغبن يوجب الخيار إذا كان ناتجاً عن تغرير البائع كما ذكرنا بالنسبة إلى العقود الواقعة بين المتعاقدين على أموالهم، وفيما إذا كانت على أموال الصغير والمحجور عليهم والأوقاف وغير ذلك مما يتولاه غير المالك بولايته أو بوكالته، فالغبن الفاحش يوجب البطلان عند بعضهم، والفساد عند آخرين[2].

(١) وهم الذين يقدمون إلى بلد آخر لبيع بضائعهم، فيتلقاهم الناس إلى خارج البلد ويشترون منهم بأقل من الثمن، وقد جاء عن النبي (ص) أن للبائع الخيار في هذه الحالات.

(٢) انظر الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ٢٨٤ و٢٨٥ وانظر نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص ٤٠٨ و٤٠٩، وأحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٣٩ و١٤٠.

خيــار التــأخيـر

يثبت الحق للبائع في فسخ العقد فيما لو باع المالك شيئاً ولم يستلم الثمن، ولم يسلم من جانبه المبيع، ولم يكن بينهما شرط يسوغ لهما التأخير إلى أجل معين، فالبيع ينعقد لازماً ويستمر إلى ثلاثة ايام، فإن جاء المشتري بالثمن خلال الأيام الثلاثة كان أحق وأولى بالمبيع من غيره، وإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يدفع المشتري الثمن يثبت الخيار للبائع، ويكون مخيراً بين فسخ العقد وبين إبقائه ومطالبة المشتري بالثمن، ويبدو أن هذا الخيار متفق عليه بين الفقهاء، وقد استدل عليه بعضهم بالإضافة إلى الاجماع وحديث لا ضرر ولا ضرار بالنصوص المروية عن الأئمة (ع)، والتي تدل على أن البائع غير ملزم بالعقد بعد مضي ثلاثة أيام على إبرامه إذا لم يدفع له المشتري الثمن.

وقد جاء في رواية زرارة عن أبي جعفر الباقر (ع): قلت له الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول له: آتيك بثمنه، قال (ع): إن جاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له.

وروى عبد الرحمن بن الحجاج، قال اشتريت محملاً وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً وجئت الى بائع المحمل لأخذه فقال لي: قد بعته. فضحكت، ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك، قال:

أترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم. فأتيناه وقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: يقول من تحب أن أقضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره، قلت: بقول صاحبي. قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام وإلا فلا بيع له، إلى غير ذلك من النصوص التي تدل على نفي البيع بعد الثلاثة.

ولأجل أن النصوص التي تعرضت لحال هذا النوع من العقد لم تنص على أن البائع بالخيار بعد الأيام الثلاثة بل تنص على نفي البيع في مثل هذه الحالات، لأجل ذلك اختار الشيخ الطوسي في كتابه المبسوط بطلان العقد بعد مضي المدة المذكورة وانفساخه بنفسه. ومقتضى الوقوف عند المعنى الظاهر من تلك المرويات التي نفى فيها الإمام (ع) البيع بين الطرفين مقتضى ذلك الالتزام بالانفساخ وبطلان العقد، ولكن الفقهاء بأكثريتهم الغالبة لم يقفوا عند المعنى الظاهر من قوله (ع) لا بيع بينهما كما في رواية علي بن يقطين وقوله (ع) لا بيع له كما جاء في غيرها من المرويات عنهم عليهم السلام والتزموا بأن المنفي هو اللزوم وحده، لأن التسليم والتسلم ليسا من أركان العقد، ولا من شروطه وإنما هما من مقتضيات المعاوضة الواقعة بينهما فتكون النصوص مؤكدة لهذه الحقيقة، وإذا انتفى اللزوم يكون المتعاقدان بالخيار بين الغاء العقد وبين الالتزام به.

ولا بد من بقاء المبيع والثمن في يد البائع والمشتري كما يستفاد ذلك من النصوص التي اعتمد عليها الفقهاء في إثبات هذا الخيار، ولا يمنع من ثبوته استلام البائع بعض الثمن كما تدل على ذلك رواية ابن الحجاج، حيث نصت على نفي البيع مع أن المشتري قد دفع للبائع بعض الثمن كما هو مورد السؤال والخصومة التي أدت إلى تحكيم أبي بكر بن العياش.

وقد اتفق الفقهاء على ثبوته فيما إذا كان المبيع شخصياً أو عيناً من الأعيان الخارجية، أما لو كان كلياً في الذمة، فقد رجح جماعة عدم ثبوت الخيار للبائع في مثل ذلك، نظراً لأن مورد النصوص هو المبيع الخارجي كما

يستفاد من مروية زرارة عن الإمام الباقر (ع)، وقد جاء فيها: الرجل يشتري المتاع ثم يدعه عنده. كما نص جماعة من الفقهاء على ثبوته في هذه الحالة ولو كان المبيع كلياً، لأن المورد وإن كان ظاهراً في المبيع الشخصي، إلا أن جواب الإمام (ع) يتسع له ولغيره.

ثم إن ثبوت الخيار للبائع بعد الأيام الثلاثة إنما هو فيما يمكن بقائه إلى ثلاثة أيام أو أكثر، فلو كان المبيع مما يفسد بالتأخير كاللحوم والفاكهة ونحو ذلك، فالخيار يحدث للبائع قبل مضي الثلاثة وقبل طرو الفساد على المبيع، لأن الزامه بعدم الفسخ والحالة هذه يعرضه للضرر، وكل ما يلزم منه الضرر منفي بمقتضى قوله (ص) لا ضرر ولا ضرار في الدين.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: ومن هنا يمكن تعدية الحكم الى كل مورد يتحقق فيه الضرر، وإن كان خارجاً عن مورد النص، كما إذا كان المبيع مما يفسد في يوم أو نصف يوم فيثبت الخيار قبل طرو الفساد المؤدي إلى تضرر البائع.

* * *

موقف الفقه المدني من عدم تسليم كل من البائع والمشتري للعوضين

والظاهر أن الفقه المدني يلتقي مع الفقه الجعفري في إعطاء البائع حق فسخ العقد إذا لم يسلم أحد العاقدين ما وجب عليه بمقتضى العقد التقاء كلياً.

قال الدكتور عبد المجيد الحكيم: تقضي الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ من القانون المدني بأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للآخر بعد الاعذار[١] أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، إذا توافرت الشروط الثلاثة التالية:

الأول: أن يكون العقد ملزماً للجانبين، لأن هذا النوع من العقود ينشىء التزامات متقابلة على عاتق كلا طرفي العقد، والاخلال بتنفيذ أحد الطرفين هو الذي يبرر حق الفسخ.

الثاني: لا بد لإمكان الفسخ من عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فما يخالف طبيعة العقود الملزمة للجانبين وعقود المعاوضة أن لا

---

(١) والمراد في الأعذار هو المطالبة والتشديد عليه بتنفيذ ما التزم به بخصوص تسليم العوض للطرف الآخر.

ينفذ أحد العاقدين ما وجب عليه بالعقد مع بقاء الآخر ملزماً بالتنفيذ(١).

الثالث: أن يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً عليه، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد فيجب أن يكون قادراً على رده، فإذا لم يكن قادراً عليه فلا يجاب إلى طلبه، وإذا باع الشيء الذي تسلمه بمقتضى العقد امتنع عليه طلب الفسخ(٢).

وقال الدكتور الحكيم: إن القوانين المدنية لم تكن تعترف بحق الفسخ في صورته هذه إلا بعد تطور طويل، فلم يكن القانون الروماني يعترف به، فهو لم يكن يربط بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، ففي عقد البيع الملزم للجانبين كان التزام البائع بتسليم المبيع مستقلاً عن التزام المشتري بدفع الثمن، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، لم يكن أمام الآخر إلا أن يجبره على التنفيذ، ولم يكن باستطاعته أن يطلب فسخ العقد والتحلل من التزامه، ولكن بعد أن مر القانون الروماني بمرحلة من التطور أدخله فيه شرط يعطي البائع الحق في طلب الفسخ إذا لم يدفع المشتري الثمن، وانتقل هذا الشرط خلال القرون الوسطى إلى القانون الفرنسي القديم، فكان فقهاء هذا القانون يقولون بجواز الفسخ ولو لم يوجد شرط صريح في العقد. وأقر في المادة ١١٨٤ حق الفسخ، وعلله بوجود شرط ضمني يفرض على كل منهما تسليم العوض للآخر بدلاً من الشرط الصريح الذي كان يقول به القانون الروماني، ولا يؤيد الفقه الحديث نظرية الشرط الفاسخ الضمني هذه في تفسير حق الفسخ، ولكن الفقهاء لم يتفقوا على رأي واحد في تفسير هذا الحق، وقد علله بعضهم بأن عدم تنفيذ أحد

(١) وهذا الشرط من أركان هذا الخيار عند الجعفريين، وجميع النصوص التي فسحت المجال للبائع بالتخلص من العقد موردها عدم التنفيذ من كلا الطرفين.

(٢) ومما لا بد منه في الفقه الجعفري أن البائع الذي له أن يتخلص من العقد إذا لم يسلمه المشتري الثمن خلال ثلاثة أيام إنما يسوغ له الفسخ إذا كان هو مستعد لتسليم المبيع =

المتعاقدين لإلتزاماته يفوت على الطرف الآخر الغرض الذي قصده من وراء تعاقده[1].

وعلله آخرون بأن التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري مرتبط بالتزام المشتري تسليم الثمن، والنتيجة الطبيعية لهذا الارتباط أنه إذا امتنع أحدهما عن تنفيذ ما التزمه للآخر، أن يمتنع الآخر عن التنفيذ أو يتحلل من التزامه نهائياً بفسخ العقد[2].

ومن مجموع ذلك تبين أن نظرية فسخ العقد بعد أن انتهت لمرحلتها الأخيرة، فيما إذا لم يف أحد العاقدين بالتزامه كما لو تمنع المشتري عن دفع الثمن مثلاً بالشروط التي ذكرناها، هذه النظرية تلتقي مع خيار التأخير المجعول للبائع فيما إذا كان عازماً على الوفاء بالتزاماته نحو المشتري مع فرض بقاء المبيع في يده كما ذكرنا، غير أن الفقه الجعفري قد أعطى حق الفسخ للبائع بعد مضي ثلاثة أيام من تاريخ العقد وقوفاً مع النصوص التي أعطته هذا الحق، مع العلم أن فريقاً منهم لم يتقيدوا بها فيما لو كان المبيع لا يصلح للبقاء في هذه المدة كما ذكرنا[3].

* * *

إلى المشتري، أما إذا لم يكن مستعداً لذلك فليس له فسخ العقد، ويكون عدم التنفيذ من طرف المشتري حقاً من حقوقه بمعنى أن له أن يمتنع عن التسليم حتى يتسلم المبيع.

(١) ومعنى ذلك أنه يلزم من عدم تسليم المشتري الثمن إصرار البائع فيما لو وجب عليه الالتزام بالعقد، كما نص على ذلك العلامة الحلي.

(٢) انظر مصادر الالتزام لعبد المجيد الحكيم ص ٣٦٦ إلى ص ٣٦٩.

(٣) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري مبحث خيار التأخير.

خيار الرؤية

لقد اتفق الفقهاء على أن للمشتري الحق في فسخ العقد إذا كان المنبيع على خلاف ما وصفه له البائع، واستدلوا على ثبوت هذا الحق للمشتري بقول النبي (ص): لا ضرر ولا ضرار في الدين، حيث إن الزام المشتري بتنفيذ العقد مع أن المبيع فاقد للصفات التي ذكرها البائع إضرار به لأنه قد بذل في مقابلة الثمن باعتباره متصفاً بتلك الصفات، على أن المبيع مع الصفات المحبوبة للمشتري يشجعه على بذل الثمن والإقدام على المعاوضة، هذا بالإضافة إلى بعض النصوص التي أثبتت الخيار له في هذه الحالة.

فلقد روى جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع)، قال سألته عن رجل اشترى ضيعة، وقد كان يدخلها ويخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع واستقال صاحبه فلم يقله. فقال أبو عبد الله الصادق (ع): إنه لو قلب منها ونظر إلى تسع وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة لم يرها كان له فيها خيار الرؤية.

ولا بد في هذا النوع من العقود من ذكر العين الشخصية بأوصافها بنحو لا يكون الإقدام عليها إقداماً على مجهول، وبدون ذلك يبطل العقد ولا يبقى مورد للخيار.

ورجح جماعة أن مرجع الخيار في المقام إلى تخيير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت[1]، كما ادعى آخرون بطلان العقد إذا لم تكن العين موضوع العقد جامعة للصفات، واحتجوا لذلك بأن المعقود عليه هو العين الجامعة للصفات التي ذكرها البائع، والذي استلمه المشتري لا ينطبق عليه وصف البائع[2].

وكيف كان فهذا الخيار كغيره من الخيارات يسقط بإسقاطه بعد الاطلاع على حال المبيع، كما يسقط بالتصرف فيه بعد العلم بحاله، لأن التصرف فيه بعد معرفته يكشف غالباً عن الرضا فيه، ولو تصرف فيه قبل الإطلاع عليه فلا يبعد بقاء الخيار في هذه الحالة، ذلك لأن التصرف إنما يعبر عن رغبة المشتري ورضاه بالمعاوضة على جميع الأحوال إذا كان محيطاً بحال المبيع ومطلعاً عليه، أما مع الجهل بحاله فلا يكشف عن الرضا به على جميع التقادير.

ولو اشترط البائع على المشتري سقوط هذا الخيار في ضمن العقد، فقد اختار الشيخ في المكاسب بطلان العقد والشرط، لأن اشتراط الأوصاف المعينة في المبيع يرجع إلى ربط الالتزام بالعقد بتلك الصفات التي نص عليها البائع، ومرجع اشتراط سقوط هذا الخيار إلى الالتزام بالعقد على كل حال وإن لم توجد في المبيع تلك الصفات، وهذان التزامان متنافيان في الواقع لا يمكن تنفيذهما.

ويظهر من النصوص الفقهية أن هذا الخيار يثبت في جميع العقود اللازمة كالبيع والصلح والإجارة وغير ذلك من العقود اللازمة، فيما إذا تبين

(١) القائل بذلك هو ابن أوديس الحلي في كتابه السرائر.

(٢) والقائلون بذلك قد فاتهم أن تخلف الوصف لا يوجب التباين بين الموجود والمعقود عليه، والعرف لا يرى في مثل ذلك أكثر من أن المبيع فاقد للأوصاف التي وصفه بها المالك، على أن النصوص في المقام قد أثبتت الخيار للمشتري بنحو لا يقبل التأويل والترديد.

أن المعقود عليه فاقد للصفات التي التزم بها العاقد، لأن الحكم بالخيار في مثل ذلك يحفظ لكل من العاقدين حقهما ولا يعد نقضاً العقد، وهذا بخلاف ما لو أبطلنا العقد في هذه الحالة، أو التزمنا بلزومه وعدم الخيار، فإن البطلان لا يخدم إلا مصلحة المشتري واللزوم لا يخدم إلا مصلحة البائع، على أن البطلان لمجرد أن العين المستأجرة مثلاً فاقدة للصفات التي التزم بها المؤجر لا تسانده الأدلة ويتنافى مع النهج الفقهي المتبع عند الفقهاء، فإنهم في مثل هذه الموارد لم يلزموا بأكثر من الخيار[1].

* * *

(١) انظر المكاسب مبحث خيار الرؤية.

موقف المذاهب الأربعة من هذا الخيار

الذي يظهر من بعض النصوص الفقهية. أن الشوافع يقفون من هذا الخيار موقفاً سلبياً فلقد جاء في المجلد الثاني من الفقه على المذاهب الأربعة: إن الشوافع لا يصححون بيع الغائب من غير فرق بين أن يكون غائباً عن مجلس العقد، أو موجوداً فيه ولكن المشتري لم يطلع عليه، وسواء وصفه له البائع أم لا.

وعند الأحناف والمالكية والحنابلة يصح العقد، ويثبت الخيار للمشتري إذا تبين أن المبيع فاقد للصفات التي التزم بها البائع، ويتفق المالكية مع الشوافع بالنسبة إلى المبيع الموجود في مجلس العقد فلا بد من التعرف عليه مباشرة ويبطل العقد بدون ذلك ولو وصفه البائع بما ترتفع به الجهالة.

وقال الدكتور محمد يوسف: ووقت هذا الخيار هو وقت الرؤية لأقبلها، ويتفرع على ذلك أن من له الخيار لو أجاز العقد قبل رؤية محله لا تكفي فيه هذه الإجازة، لأنها وقعت قبل ثبوته ومرجعها إلى إسقاط ما لم يوجد، ويبقى للمشتري الخيار بعد رؤية المبيع ويستمر لمن هو له حتى يوجد ما يبطله مهما طالت المدة.

وقد عبر عن رأي الأحناف في هذه المسألة، وجاء في ملاحظته التي أبداها حول هذا الرأي: إن بقاء الخيار واستمراره ضرر وحرج للطرف الآخر،

والرأي الفقهي الذي ينص على أنه لا يبقى الخيار إلا فترة يسيرة من الزمن يتمكن فيها من فسخ العقد فإذا لم يفعل يسقط خياره، هذا الرأي أوفق بحال الطرفين ويحفظ للمشتري حقه، وإذا لم يفسخ العقد بعد الإطلاع على حال المبيع يعتبر ذلك دليلاً على رضاه وإجازة للعقد[1].

والقول بثبوت هذا الخيار من حين الرؤية لا من حين العقد هو المشهور بين فقهاء الشيعة، كما وأن إسقاطه قبل رؤية محله أي قبل الاطلاع على المبيع لا يكفي لسقوطه عند جماعة من الفقهاء كما هو الحال في جميع الخيارات، لأن ذلك إسقاط للشيء قبل وجوده على حد تعبيرهم.

ويدعي الأستاذ الخفيف أن العقد على الأعيان الغائبة يصح للمشتري فسخه قبل رؤية المبيع بسبب الخيار الثابت له، ولكن الفسخ مع ذلك بسبب كونه بالنسبة إليه غير لازم.

* * *

---

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة المجلد الثاني ص ٢١٨ وما بعدها وأحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ١٤٩ والمدخل لدراسة نظام المعاملات ص ٤٧٦ و٤٧٨.

خيار العيب

إذا وجد أحد العاقدين عيباً في المعقود عليه ثمناً كان أو مثمناً يثبت الخيار بين الرجوع بالتفاوت وإبقاء العقد وبين فسخه واسترجاع العوض الذي دفعه إلى الطرف الآخر حتى ولو لم يشترط سلامة المبيع أو الثمن من العيوب، لأنه حينما أقدم على المعاوضة لم يقدم عليها إلا وهو مطمئن لسلامة العوض، وعدم نقصان المبيع أو الثمن عن الخلقة الأصلية.

قال العلامة في التذكرة: الأصل في المبيع من الأعيان والأشخاص الصحة والسلامة من العيوب، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله في مقابلة تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة.

ونص جماعة من الفقهاء على أن المتعاقدين لو اشترطا صحة البيع من العيوب يكون الشرط مؤكداً لهذا الأصل الذي يقتضيه إطلاق العقد، فلا يؤثر هذا الشرط خياراً آخر غير خيار العيب فيما لو انكشف وجود عيب في المبيع أو الثمن.

وتخيير المشتري بين حل العقد وبين الالتزام به واسترجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب هذا الخيار الثابت له فيما إذا وجد في المبيع عيباً ينحصر الدليل عليه بالإجماع، ذلك لأن النصوص التي تعرضت لحكم هذه المسألة لم تتعرض للخيار بهذا النحو، وقد جاء فيها: أنه إذا وجد في المبيع عيباً

وكان قائماً رده على صاحبه وأخذ منه الثمن، وإن كان قد تصرف فيه يرجع بنقصان العيب على البائع.

فالتخيير بين الفسخ والإمضاء بعد استرجاع التفاوت لم يرد في شيء من النصوص.

قال في الجواهر: وليس في النصوص جميعها ذكر الإمضاء مع الإرش، بل ظاهرها الرد خاصة، وعليه ينحصر الدليل على الخيار المردد بين الفسخ والإمضاء مع الإرش بإجماع الفقهاء.

وقد نص أكثر الفقهاء على أن هذا الخيار لا يثبت إلا بعد ظهور العيب، وأن ظهور العيب يكشف عن وجوده من حين العقد.

ويسقط هذا الخيار كغيره من الخيارات بالتصرف في المعيب بعد العلم به، ونص جماعة على أنه يسقط بالتصرف وإن كان قبل الإطلاع على العيب، وجاء في بعض المرويات عن الإمام محمد الباقر (ع) ما يؤكد ذلك.

قال (ع): أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أو عوار ولم ينبه عليه فأحدث فيه المشتري بعدما قبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب، فإنه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص ذلك الداء من الثمن.

وقال الشيخ مرتضى وجماعة من الفقهاء: إن التصرف بعد العلم بالعيب مسقط للرد إذا كان دالاً على الرضا بالمبيع، لأن الالتزام بالعقد كما يكون بالألفاظ يكون بالأفعال، وربما يكون الفعل أدل على الرضا بالمبيع من القول، كما لو صدر عن قصد والتفات إلى حال المبيع وحكمه، أما التصرف الحاصل قبل العلم بالعيب فإن كان مغيراً للمبيع بزيادة أو نقيصة، أو مغيراً لهيئته كما لو خاط الثوب وطحن الحنطة ونحو ذلك من التصرفات هذا النوع من التصرفات لا يوجب أكثر من سقوط الرد ولا بد من إرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب، لأن هذا المقدار من التصرف قد يدل على الرضا بالبيع ولكنه لا يدل على الرضا بالعيب.

ولـو كان التصـرف من التصرفـات المتعارفـة التي لا تـوجب نقصـاً في المبيع ولا تغير هيئته كركوب الدابـة أو السيارة واستغـلال ناتـج المبيع كحلب الـدابة ونحـو ذلك هـذا النوع من التصـرفـات لا يـدل على الـرضـا بـالمبيـع الناقص، ولا يعد حدثاً ليكون مشمولاً للنصوص التي نصت على سقوط الـرد بالعيب فيما لو أحدث المشتري في المبيع حدثاً.

وكما يسقط هذا الخيار بالتصـرف في المبيع بعـد العلم بالعيب، يسقط أيضـاً فيما لـو تلف المبيع أو الثمن المشتمـل على العيب، أو انتقل عن ملك مالكه ببيع أو إجارة، أو تعلق بـه حق لغيره كمـا لو رهنـه المالـك، وذلك لأن النصوص التي سوغت للمشتري إرجاع المبيع لمالكه لا تدل على جواز فسخ العقد والتراجع بالعوضين في مثل هـذه الحالات، وجـاء في رواية جميـل بن دراج عن أبي عبد الله الصادق (ع).

الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد بـه عيباً، فقـال (ع) إن كان قـائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبـغ رجع بنقصان العيب.

ولم تفـرق الروايـة بين عـروض هـذه الحـالات على المبيـع قبـل علم المشتري بالعيب أو بعده.

ومما يوجب سقوط هذا الخيار حدوث عيب في المبيع في يد المشتري أو البائع.

ومجمل القول في ذلك: إن العيب الحادث، إما أن يحدث في المبيـع وهو لا يزال في يد البائع، وإما أن يحدث عليه وهو في يد المشتـري في زمن الخيار أو بعد انقضائه، فإن كان قبـل القبض أو بعده في زمـان الخيار الثـابت للمشتري، فلا يكـون العيب الحادث مـوجباً لسقـوط الخيار الثـابت للمشتري بالعيب القديم، ذلك لأنه لو حدث والمبيع في يد البائع، يكون مضمونـاً عليه باعتبار أن المورد من جزئيات القاعدة المعروفة بين الفقهاء التي تنص على أن

المبيع التالف قبل قبضه يتلف من مال بائعه، وكذلك لو حدث العيب بعد القبض وقبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري بأحد الأسباب الموجبة له، فإن ما يعرض على البيع قبل انقضاء الخيار الثابت للمشتري يكون مضموناً على من لا خيار له وهو البائع عملاً بالمبدأ العام القاضي بأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له. فيكون الخيار مؤكداً لحق المشتري في استرجاع الثمن ورجوع المبيع إلى ملك البائع.

ولو حدث العيب الجديد على المبيع بعد أن استلمه المشتري وبعد انتهاء الخيار الذي كان له، فالعيب الحادث يمنع من رد المبيع بالعيب القديم عند أكثر الفقهاء الجعفريين، ونص بعضهم على أن الفقهاء مجمعون على سقوط الخيار في هذه الحالة، ومن الجائز أن يكون مصدر حكمهم مروية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) حيث إن الإمام (ع) لم يسوغ للمشتري الرد بالعيب القديم إلا إذا كانت العين قائمة، فإذا حدث فيها ما يوجب تغييرها كما في الأمثلة التي ذكرها الإمام (ع) يتعين حق المشتري في استرجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب.

على أن العيب الحادث في يد المشتري مضمون عليه وحده، فارجاع المبيع إلى البائع والحالة هذه بسبب العيب القديم يؤدي إلى الإضرار به، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار عدم الزامه بفسخ العقد وإرجاع المبيع إليه، ولا يلزم من ذلك ضرر على المشتري، لأن تضرره بالعيب السابق الذي سوغ له رد المبيع يمكن تداركه باسترجاع التفاوت بين الصحيح والمعيب عوضاً عن النقص الذي سبب له الخيار(١).

---

(١) ولا يبعد أن يكون العيب الحادث في المقام مضموناً على البائع لأنه حدث في المبيع في زمن الخيار الثابت للمشتري بمقتضى العيب السابق على العقد، وكل نقص يطرأ على المبيع في زمن الخيار يكون مضموناً على البائع إذا كان الخيار مختصاً بالمشتري، ولازم ذلك بقاء الخيار لولا النص والإجماع الذي ادعاه بعض الفقهاء على سقوط الخيار في المقام.

وكما يسقط أحد طرفي هذا الخيار وهو فسخ العقد بالأمور التي ذكرناها كذلك يسقط الأرش وحده، ويبقى للمشتري الحق في فسخ العقد لا غير في حالتين:

الأولى منهما: فيما لو كان العوضان من جنس واحد، وتبين عيب في أحدهما، فيتعين حق المشتري في فسخ العقد لا غير، ذلك لأنه لو أراد أن يسترجع منه مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب يتحقق التفاضل بين المتجانسين، وبيع الشيء بجنسه مع الزيادة من أفراد الربا الذي حرمه الإسلام[1].

الحالة الثانية: إذا لم يكن العيب موجباً لنقصان مالية المبيع، ففي مثل ذلك لا مورد للإرش، لأن الشارع قد جعل للمشتري الحق في استرجاع مقدار التفاوت بين الصحيح والمعيب لتدارك ضرر المشتري فيما لو كان النقص الموجود في المبيع موجباً لتفاوت قيمته بنظر العرف، فإذا بقي المبيع محتفظاً بقيمته على التقديرين لا يثبت للمشتري هذا الحق، وليس له في هذه الحالة إلا الفسخ أو الإمضاء بتمام الثمن.

ويسقط هذا الخيار بكلا طرفيه فيما لو كان المشتري عالماً بالعيب قبل العقد وأقدم على شراء المبيع بالثمن الذي اتفقا عليه، لأن الخيار قد شرع لتدارك ضرر المشتري من حيث عدم الرضا بالمبيع المعيب، وفي إقدامه على المعاملة مع علمه بالعيب دلالة على الرضا بالمبيع على ما هو عليه.

---

(١) وذهب العلامة وبعض الفقهاء إلى بقاء الخيار بكلا طرفيه في المقام، لأن التفاضل في بيع الشيء بجنسه إنما يؤدي إلى الربا فيما لو كانت الزيادة حين العقد، والمفروض في المقام عدم الزيادة حين المعاوضة، ولو اختار المشتري استرجاع جزء من الثمن في مقابل العيب، هذا الاختيار لا يوجب التفاضل المحرم في بيع الشيء بجنسه، لأنه أشبه بالغرامة الشرعية التي حكم بها الشارع لتدارك ضرر المشتري. انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري.

وكما يسقط لخيار بكلا طرفيه إذا كان المشتري عالماً بحالة المبيع قبل شرائه، كذلك يسقط أيضاً فيما لو تبرأ البائع من كل عيب في المبيع إجمالاً وتفصيلاً، ذلك لأن الخيار إنما ثبت لـه من حيث إنه قد أقدم على المبيع معتمداً على سلامته من جميع العيوب، فإذا نص البائع على أنه غير مسؤول عن عيوب المبيع مهما كانت، ومع ذلك أقدم عليه المشتري يكون إقدامه عليه كاشفاً عن رغبته فيه مهما كانت حالته، هذا بالنسبة إلى العيوب السابقة على العقد. أما لو تبرأ من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل القبض التي توجب الخيار، فقد رجح جماعة سقوط الخيار بذلك أيضاً، لأن مرجع البراءة من العيوب المتجددة إلى اشتراط عدم الخيار للمشتري مهما طرأ على المبيع، وأدلة الوفاء بالشروط تدل على لزوم هذا الشرط بالنسبة إلى المشتري، ولازم ذلك سقوط الخيار الثابت له لولا هذا الشرط.

وتوقف فريق من الفقهاء في سقوط الخيار بمثل ذلك، لأن التبري من العيوب المستحدثة يرجع إلى إسقاط الشيء قبل وجوده.

ومهما كان الحال فمرجع التبري من العيوب إلى عدم ترتيب الآثار الثابتة للعيب من حيث ذاته لولا التبري منه، ومعلوم أن الآثار الثابتة للعيوب إذا لم يتبرأ منها البائع هي الخيار بكلا طرفيه، أما الآثار الأخرى التي تترتب على وجود العيب، كما لو تلف المبيع بهذا العيب قبل أن يقبضه المشتري أو بعد قبضه ولكن في زمن خياره، فإنه فيه يكون مضموناً على البائع ولو تبرأ البائع من عيوب المبيع، وذلك لأن ضمان البائع للمبيع فيما لو تلف قبل القبض أو في زمن الخيار الثابت للمشتري ليس من آثار وجود العيب فيه حين العقد ليكون التبري من العيب رافعاً له، وإنما هو للقاعدتين المعروفتين بين الفقهاء، وهما قاعدة «التلف قبل القبض من مال البائع» وقاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» ولولاهما كان الضمان من المالك.

ومجمل القول: إن التبري من العيوب لا يرفع غير الخيار، أما ما

يحدث على المبيع بواسطة العيب كالتلف وشبهه فلا يرتفع بالتبري كما ذكرنا.

ويسقط الخيار بكلا طرفيه أيضاً إذا ارتفع العيب قبل علم المشتري به أو بعده لعدم الموجب لهذا الخيار، حيث إنه لا يلزم من إلزام المشتري بالوفاء بالعقد إضرار في حقه، هذا بالإضافة إلى أن النصوص التي شرعت هذا الخيار يستفاد منها إعطاء المشتري هذا الحق في حال كون المبيع متلبساً بالعيب، فإذا زال عنه العيب لا يكون مشمولاً لتلك النصوص.

ورجح الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب استحقاق المشتري للتفاوت بين الصحيح والمعيب في هذه الحالة، لأن المشتري قد استحق عليه التفاوت من حيث وقوع العقد على المعيب فإذا تحسن المبيع بعد ذلك وزال عنه العيب، فلا يوجب براءة ذمة البائع من الأرش الذي ثبت له أولاً، ووصف الصحة الذي طرأ على المبيع لم يحدث في ملك البائع ليكون موجباً لعدم استحقاق المشتري للأرش وإنما حدث في ملك المشتري فهو كغيره من المنافع التي تتجدد في ملكه، ولكن الشيخ الأنصاري بعد أن قرب استحقاق المشتري للأرش بما يرجع إلى ما ذكرناه، تردد في إعطاء النتيجة النهائية متخوفاً من مخالفة هذا التفصيل للاجماع، وأضاف إلى ذلك: ولم أجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة الحلي أو بعده، نعم هذا داخل في فروع القاعدة التي اخترعها الشافعي، وهي أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد» وقد عرفت مراراً أن المرجع في ذلك هو الأدلة ولا منشأ لهذه القاعدة[1].

ومهما كان الحال فالمشتري يستحق الأرش بمجرد العقد على المعيب، لأجل تدارك ضرره، ولأن وصف الصحة منظور إليه بعين الاعتبار عند العرف، فإذا زال العيب فقد تجدد الوصف في ملك البائع بعد أن

---

(١) انظر المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري مبحث خيار العيب ومسقطاته.

استحق المشتري على البائع شيئاً من الثمن في مقابل العيب إذا لم يبادر إلى فسخ العقد، ومعنى ذلك أن التفاوت بين الصحيح والمعيب يستحقه المشتري على البائع بمجرد العقد على شرط أن يبقى ملتزماً بالعقد ولا تبرأ ذمة البائع منه بمجرد زوال ذلك العيب.

ومجمل القول إن الفقهاء قد توسعوا في مسقطات هذا الخيار وأطالوا الحديث حولها وتعرضوا لما يسقط به الرد وحده والأرش وحده واستعرضوا جميع الآراء حول هذه المواضيع، ونكتفي بما ذكرناه من المسقطات باعتبار أنها تعبر عن آراء أكثر الفقهاء، ويستطيع الباحث بعد الاطلاع عليها والإحاطة بها أن ينظر من خلالها إلى المبدأ العام الذي يعتمده الجعفريون في هذه المباحث، ويكون منها فكرة عن هذا الخيار ومشتقاته.

ومما لا بد من التنبيه عليه، أن النصوص التي تعرضت لثبوت هذا الخيار وبعض أحكامه لم تتعرض لماهية العيب، ولا لبيان حقيقته، ولازم ذلك أن يكون الشارع قد ترك الأمر من هذه الناحية إلى العرف كما هو الحال في جميع الموارد التي رتب فيها أحكامه على الموضوعات الخارجية إذا لم يتعرض لبيانها كما وكيفا، ولأجل ذلك لا بد لنا في المقام من تحكيم العرف والرجوع إليه في موارد الاشتباه والتردد، ولا يبعد أن يكون الضابط الكلي الذي يقره العرف هو أن العيب الموجب للخيار، عبارة عن النقص أو الزيادة في المبيع بنحو يكون موجباً لنقص ماليته في عرف التجار كما نص على ذلك العلامة الحلي في التحرير والقواعد من غير فرق أن يكون النقص يسيراً أو فاحشاً «وقد أطال الفقهاء الحديث عن العيب وتحديده وجاء في رواية محمد بن مسلم عن الإمام الباقر (ع) ما يشعر بأنه عبارة عن مطلق الزيادة أو النقيصة، حتى ولو لم توجب نقصاً في مالية المبيع[1]. ولكن أكثر الفقهاء لم

---

(١) فلقد جاء في مروية محمد بن مسلم عنه أنه قال: كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب.

يلتزموا بـأن العيب الذي لا يـوجب نقصاً في مـالية المبيـع يسوغ للمتعـاقدين فسخ العقد أو الالتزام به واسترجاع شيء من الثمن في مقابل العيب[1].

وقد توسع الفقهاء في الفروض المتصورة في مورد النزاع والتخاصم بين المتعاقدين في أسبـاب هذا الخيـار ومسقطاتـه، ولا يعنينا استقصـاء جميع مـا ذكـره في المقام، ولكن الـذي يجب أن لا يفـوتنـا هـو الإشـارة إلى الأصـول العـامة التي اتبعهـا الجعفريـون في فقههم لحل هـذا النوع من الخصـومـات وسيتبين ذلك من الأمثلة التالية:

لـو اختلفـا في أصـل وجـود العيب في المبيـع فـأنكـره البـائع وادعـاه المشتري، أو اختلفا في أن الموجود فيه عيب أم لا، فالمشتري بوصفه مدعياً عليه أن يثبت ادعائه بالبينة الشرعية، وعلى البائع بصفته منكـراً لوجـود العيب في المبيع عليه أن يحلف اليمين الشرعية على عدم وجوده فيما لو تعـذر على المشتري أن يثبت ادعائه.

لـو اتفقا على وجـود العيب في المبيع ولكن المشـتري قد ادعى تقـدمه على العقد، وادعى البائع حدوثـه بعد العقـد، فالبينـة على المشتري، وعلى البائع اليمين فيما لو تعذر على المشتري أن يثبت ادعائه، وهذا من غير فـرق بين العلم بتـاريخ حـدوث العيب والجهـل بتـاريـخ العقـد، وبين عـدم العلم بتاريخ حدوث العيب، لأن مدعي تأخر حدوث العيب إلى ما بعد القبض قوله هذا موافق لأصالة اللزوم في العقود ومدعي التقدم وهو الـطرف الآخر يـدعي ذلك ليكون له الحق في فسخ العقد واسترجاع الثمن.

لـو تنازع البـائع والمشتـري في أن المبيع الـذي تعاقـدا عليه، هـل هو المعيب أو غيره، فادعى المشتري أن المبيع هـو المعيب الذي بيـده، وادعى البائع أن المبيع غيره، فالمشتري هـو المدعي المكلف بـالإثبات لأنـه يحاول

---

(١) انظر مكاسب الأنصاري مبحث خيار العيب، والمتاجر من الجواهر للشيـخ محمد حسن النجفي.

في هـذه الدعـوى فسخ العقـد، والبائـع هو المنكـر، لأن في ادعائـه ينكر أن يكون المبيع معيباً.

ولو اتفقا على وجود العيب في المبيع، واختلفا في أن المبيع هـو الذي يحاول المشتري رده بـالعيب أو غيره، فـادعى المشتري أن المبيـع هو الـذي بيده وأنكره البائع مدعياً أنه غير الذي بيد المشتـري، فعلى المشتري أن يثبت بالبينة الشرعية أن العقـد وقع على العين التي في يـده، وإذا تعذر عليـه ذلك فعلى البـائـع اليمين، لأصـالـة عـدم وقـوع العقـد على هـذه العين التي بيـد المشتري. إلى غير ذلك من الأمثلة التي ذكرها الفقهاء في المقـام، ومن ذلك تبين أن المبدأ العام المتبع في حل هـذه الخصومـات وأمثالهـا يتألف من بينـة المدعي ويمين المفكر، فالذي يدعي وجود العيب ويطلب من الطرف الآخـر شيئاً أو يحاول حـل العقد، عليـه أن يثبت السبب المسوغ لـه إبطال العقـد، والطرف الآخر الذي يتمسك بـالمعاملة عليـه أن يحلف اليمين الشرعيـة على نفي السبب الذي يدعيه المدعي.

وأحسن التعـاريف للمدعي والمنكـر وأجمعها، هـو أن المدعي من لـو ترك ادعائه لا يطالب بشيء، والمنكر هو الذي لو ترك لا يتركـه الطرف الآخـر ويبقى مسؤولاً تجاهه، وعليه فيكون المـدعي لوجـود العيب هو المسؤول عن البينة، لأنه لو ترك لا يطالبه الطرف الآخر بشيء، والطرف الثاني هـو المنكر، لأنه لو تـرك الخصومـة لا يتركـه الطرف الأول ولا يجـديه إنكـاره إلا إذا عجز المدعي عن تقديم البينة، وعليه في هذه الحالة أن يحلف اليمين الشرعية في مجلس القاضي الجامع لشروط القضاء.

والـظاهر أن هـذا الخيـار متفق عليـه بين فقهـاء المـذاهب الأربعـة ولا خلاف بينهم في أصل وجـوده، كما وأن الخـلاف بينهم في تحديـد العيب لا يتخطى الخلاف الواقع بين الجعفريين فيه.

قـال الـدكتـور محمـد يـوسف: هـذا النـوع من الخيـار الثـابت بشـرط المتعاقدين دلالة على أن سلامـة موضـوع العقد مـطلوبة للعـاقد وإن لـم ينص

عليها صراحة، فصارت لذلك كأنها مشروطة، ومن ثم شرع هذا الخيار الذي يوجب للمشتري في عقد البيع رد المبيع إذا وجد فيه عيباً له خطره ولا يتسامح فيه عادة.

والشروط التي نقلناها عن الجعفريين بالنسبة لهذا الخيار متفق عليها بين فقهاء السنة، كما وأن الأسباب التي تمنع من رد المبيع بالعيب عند الجعفريين بعينها تمنع من رده في فقه السنة، وقد عددوا منها رضا المشتري بالمبيع المعيب بعد علمه به، وإسقاط الخيار، وهلاك المبيع في يد المشتري، وحدوث عيب فيه وتصرفه فيه تصرفاً مخرجاً له عن ملكه، وزيادة المحل في يد المتملك زيادة متصلة غير متولدة على حد تعبيرهم[1].

ومهما كان الحال فإذا اجتمعت الشروط التي لا بد منها في هذا الخيار يثبت للمشتري الخيار بين فسخ العقد والالتزام به بتمام الثمن، وليس له المطالبة باسترجاع شيء من الثمن لو اختار الالتزام بالعقد من غير فرق بين أصناف المبيع وأنواع العيوب، لأن مرجع العيب إلى فوات وصف المبيع، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

وقال المالكية إذا كان المبيع عقاراً أو كان العيب كبيراً تخير المشتري بين الفسخ والالتزام بالعقد، وليس له المطالبة بشيء من الثمن، وإن كان يسيراً يتعين على البائع أن يدفع له ما يقابل العيب، وليس للمشتري الفسخ في هذه الحالة[2].

(١) والمراد من الزيادة المتصلة هي ما لو قطع المشتري الثوب أو خاطه أو صبغه، أو خبز الدقيق أو أضاف له شيئاً من الحلوى ونحو ذلك من الزيادات والمنفصلة المتولدة كالولد والثمرة وغير ذلك، وتعذر الرد عندهم في مثل ذلك ليس بسبب من المشتري، بل بسبب شرعي، ذلك لأنه بالنسبة إلى الزيادة المتصلة لا يمكن الفسخ بدون الزيادة، ولا يمكن أن يكون معها لأنه إنما يرد على محل العقد والزيادة لم تدخل في محل العقد، ولا يمكن تركها للبائع للزوم الربا والزيادة المنفصلة تمنع من الرد لسبب شرعي وهو لزوم الربا سواء تركها لنفسه أو للبائع.

(٢) انظر بداية المجتهد لابن رشد.

وعندما يسقط الخيار لسبب من الأسباب التي ذكرناها، فإن كـان السبب من فعل المشتري كما لو تصرف في العين المعيبة تصرفاً متلفاً أو مغيراً لهيئتها ونحـو ذلك فليس لـه أن يرجـع على البائـع بشيء من الثمن، وإن كان بسبب البائع أو بآفة سماوية ونحو ذلك، فله أن يرجع على البـائع بمقـدار من الثمن في مقابل النقص الموجود في المبيع.

وقال المالكية أيضاً إذا بـاع أو رهن أو أجر ونحـو ذلك من التصـرفات، فـإن كان ذلـك منه قبـل العلم بالعيب لا يسقط خيـاره، بل يبقى مـوقوفـاً فإن عادت العين لملكه ثانية، ولو بسبب إرجاع المشتري الثاني لها بفسخ ونحوه، تعود الحياة إلى خيار المشتري الأول وله أن يفسخ العقد ويردهـا إلى البائـع، ولو دخلها خلال هذه المدة عيب جديد وهي في ملكه وأراد أن يردها عليه مع هـذا العيب، فعليه أن يـرد على البائـع الأول أرش العيب الجـديـد. أمـا إذا تصرف بهذا النـوع من التصرفـات ونحوه بعـد العلم بالعيب يسقط خيـاره ولا يرجع على البائع الأول بشيء.

ويدعي الحنابلة أن جميع التصرفات المملكة توجب سقوط الخيار سواء كانت قبل العلم بالعيب أم بعده، نعم إذا وقعت منـه قبل العلم بـالعيب له أن يرجع على البائع بجزء من الثمن في مقابل العيب(١).

والرأي الفقهي المشهور بين فقهاء الجعفريين: أن التصرف الواقـع بعد العلم بـالعيب إذا كان دالاً على الـرضا بـالمبيع كمـا هو عليـه يوجب سقـوط الخيار، وإذا وقع من المشتري قبل العلم بالعيب، وكان مغيراً للعين بزيادة أو نقيصة. أو كان ناقلاً لها عن ملكه بأحد النـواقل الـلازمة أو الجـائزة، أو نحـو ذلك مما يمنع من إرجاع المبيع للبائـع هذه التصـرفات تـوجب سقوط الخيـار بمعنى أنهـا تمنع من فسـخ العقد وإرجـاع المبيـع إلى مـالكـه الأول، ويبقى للمشتري مع ذلك الحق في الرجوع عليه بالتفاوت بين الصحيح والمعيب.

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٨٤.

والمبدأ العام المتبع في ذلك: أن المبيع إذا كان قائماً بعينه، فللمشتري الحق في فسخ العقد وإبقائه مع الرجوع على البائع بالتفاوت، وإن لم يكن قائماً بعينه يسقط حقه في الفسخ وإرجاع المبيع، وله أن يرجع على البائع بالتفاوت(١).

وقد ذكرنا أن بين فقهاء الجعفريين من يدعي أن التصرف بهذا النحو من التصرفات بعد العلم بالعيب مسقط للخيار بكلا طرفيه الرد والأرش.

---

(١) وقد اعتمد الفقهاء في ذلك على رواية جميل بن دراج عن الإمام الصادق (ع) وجاء فيها: إن كان المبيع قائماً بعينه رده على صاحبه واسترجع الثمن، وإن كان قد قطع أو خيط أو صبغ رجع عليه بنقصان العيب لا غير.

الفصل الخامس

في الشروط

لقد تعرض الفقهاء لأحكام الشروط من حيث وجوب الوفاء بها وعدمه، ومن حيث إن أحد المتعاقدين إذا التزم بالشرط وتمنع عن تنفيذه هل يوجب ذلك خللاً في العقد الذي هو عبارة عن محل الشرط أم لا؟ وقد ذكرنا في خلال المباحث السابقة أن الشروط التي يجب الوفاء بها هي عبارة عن الالتزامات التي يرتبط بها المتعاقدان في عقد من العقود، أما الشروط الابتدائية على حد تعبير الفقهاء وهي التي لا تربط بالعقود، هذا النوع من الشروط لا يجب الوفاء به بإجماع الفقهاء، ولو افترضنا أن الأدلة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط تشمل بعمومها هذا النوع من الشروط، لو افترضنا ذلك يكون الاجماع مخصصاً لتلك العمومات، ونتيجة تخصيصها بالإجماع الإقتصار على خصوص الشروط التي يلتزم بها المتعاقدان في العقود اللازمة، هذا بالإضافة إلى أن الشروط الابتدائية التي لا ترتبط في عقد من العقود خارجة موضوعاً عن تلك العمومات.

ومهما كان الحال فالشروط التي يجب الوفاء بها لا بد وأن تتوفر بها الأمور التالية:

الأول: أن يكون مقدوراً للمتعاقدين أو لأحدهما بنحو يكون المشروط عليه متمكناً من ايجاد المشروط إما ابتداء وبلا واسطة كما لو اشترط عليه أن

يبيعه أو يهبه شيئاً ونحو ذلك من الأفعال المقدورة مباشرة، وإما أن يكون مقدوراً له بالتسبب كما لو اشترط عليه أن يملكه شيئاً، فإن التمليك مقدور للمشروط عليه بالقدرة على أسبابه كالهبة والبيع ونحو ذلك من موجبات التمليك، ومن أمثلة ذلك ما لو اشترط عليه أن يكون العبد كاتباً والدابة حاملاً وغير ذلك مما يرجع إلى اشتراط صفة خاصة في المبيع لأن تسليم المبيع المتصف بهذه الصفات مقدور لمن الزم نفسه بهذا الشرط.

أما إذا لم يكن متمكناً منه، كما لو اشترى الزرع بشرط أن يجعله سنبلاً، والغنم بشرط أن تكون ولوداً ونحو ذلك مما لا يدخل تحت سلطنته سواء كان المشروط صفة أو عملاً خارجياً كما لو اشترط عليه أن يطير في الفضاء فلا يصح الشرط في مثل ذلك لكونه خارج عن إمكانيات المخلوق، وقال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: ومن أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعاً على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الإشتراط، كما لو اشترط في العقد أن تكون فلانة زوجة له وأن تكون امرأته مطلقة وأن يكون البستان ملكاً له ونحو ذلك بنحو لا يرجع هذا الشرط إلى اشتراط ايجاد السبب، وذلك لأن الزوجية والطلاق والتمليك والحرية وغير ذلك مما يرجع إلى شرط النتيجة أي المسببات لا يدخل في مقدور الإنسان إلا بالأسباب الشرعية التي اعتبرها الشارع أسباباً لهذه الأمور، لذا فإن اشتراطها لا يصح إلا إذا رجع الشرط إلى إيجادها بالأسباب المتعارفة.

الثاني: أن يكون المشروط مباحاً بنظر الشرع، فلو اشترط أحد المتعاقدين على الآخر أن يقامر أو يشرب الخمر، أو باعه العنب واشترط عليه أن يصنعه خمراً لا يصح الشرط ولا يجب الوفاء به كما جاء في النص المروي عن الرسول (ص). المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً وحرّم حلالاً.

بالإضافة إلى غيره من النصوص الكثيرة التي تؤكد اعتبار هذا الشرط.

على أن الممنوع عنه شرعاً يصبح بسبب المنع عنه خارجاً عن سلطة المكلف من ناحية التشريع فلا يكون مقدوراً للمشروط عليه، وقد ذكرنا أن القدرة التي لا بد منها في التكاليف تعم الشرعية والعقلية، ولذا فإن بعض الفقهاء لم يعتبر إباحة المشروط شرطاً مستقلاً في مقابل الشرط الأول وعدا الممنوع منه شرعاً من أمثلة غير المقدور[1].

الثالث: من الشروط أن لا يكون المشروط مخالفاً للكتاب والسنة كما جاء في بعض المرويات عن الرسول والأئمة (ع) قال (ص): ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، فما كان من شرط أليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل قضاء الله أحق وشرطه أوثق.

وفي بعض المرويات عن علي (ع) أنه قال: من شرط لإمرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً.

وروى محمد بن قيس عن الإمام محمد الباقر (ع) أنه قال: من تزوج امرأة واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق فقد خالفت السنة ووليت حقاً ليست أهلاً له، وعليه الصداق وبيده الجماع والطلاق.

ومن أمثلة الشرط المخالف للكتاب والسنة، ما لو اشترط أحد المتعاقدين في العقد أن يكون الأجنبي وارثاً له، واشترط أن يكون وارثه محروماً من الميراث وأن يكون الإنسان الحر عبداً مملوكاً، وأن تكون زوجته مطلقة لو تزوج عليها ونحو ذلك من الأمثلة المخالفة لكتاب الله وسنة رسوله (ص).

والضابط الكلي الذي يمكن الرجوع في تمييز المخالف للكتاب والسنة عن غيره، إن المشروط إما أن يكون من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع

---

(١) انظر منية الطالب في شرح المكاسب ص ١٠٣.

للإنسان وترك له حرية التصرف بها كالخيارات، وحق الشفعة، وحق التصرف في أمواله بالهبة والبيع والشراء ونحو ذلك، وإما أن يكون من الأحكام كما لو اشترط ترك واجب أو فعل حرام أو مكروه أو ترك أمر مرغوب فيه بنظر الشارع، وقد يكون المشروط من الأمور التي جعلها الشارع ولم يترك للإنسان الحق في التصرف فيها، مثل كون الولاء لمن أعتق وولد الحر حر، والطلاق بيد الزوج وأمثال ذلك مما وضعه الشارع ولم يجعل له حرية التصرف فيه كما يشاء.

فما كان من نوع الوضعيات التي جعلها الشارع وترك للإنسان الحرية في التصرف والاختيار هذا النوع من المجعولات الشرعية لا إشكال بصحة الشروط بالنسبة إليها ووجوب تنفيذها، إلا إذا نص الشارع على المنع عن بعض التصرفات وحدد من صلاحية الإنسان بالنسبة إليها، كما بالنسبة لبيع العنب للتخمير، وبيع السلاح لقتال المسلمين ونحو ذلك مما يستعمل لغاية محرمة، فاشتراط أمر من هذا النوع يخالف الكتاب والسنة من حيث وجود النص الناهي عن مثل هذه التصرفات، ولولا ذلك لقلنا بصحة هذه التصرفات بمقتضى الأدلة القاضية بجواز تصرف المالك في ملكه بكل نحو من أنحاء التصرف.

وما كان من الشروط متعلقاً بترك واجب أو فعل محرم، يكون باطلاً من حيث مخالفته للكتاب والسنة القاضيين بالتحريم أو الوجوب لأن أدلة التحريم والوجوب بإطلاقها شاملة لصورة اشتراط ترك الواجب وفعل الحرام، وأدلة الشروط لا تصلح لإلغاء الأحكام الثابتة لتلك الأفعال، لأنها متجهة إلى ما هو مشروع بذاته، فلا بد من إحراز موضوعها في المرتبة الأولى، هذا بالنسبة إلى الأفعال المحكومة بالوجوب أو التحريم، أما إذا كان الشرط متعلقاً بترك المباح أو فعله، فالالتزام بالفعل أو الترك الناتج من الشرط لا يخالف الكتاب ولا السنة، لأن وجوب الفعل أو حرمته بالعرض لا يتنافى مع إباحته الذاتية.

وقد أشكل في منية الطالب على اشتراط ترك المباح أو فعله بما حاصله

أن الالتزام بترك المباح يلزمه أن يكون المباح محرماً، كما وأن الالتزام بفعا يلزمه أن يكون واجباً، فيكون الشرط محرماً للحلال، فيما لو اشترط علي الترك، وملزماً بالمباح فيما لو اشترط عليه الفعل فتحصل المخالفة للكتاب والسنة.

وأجاب عن ذلك بأن اشتراط الفعل أو الترك إذا كان راجعاً إلى الالتزا بفعله دائماً وأبداً أو يتركه مطلقاً وفي جميع الحالات، فلا يبعد أن يكون هذ النوع من الاشتراط مخالفاً للكتاب والسنة ومحرماً للحلال.

وجاء في بعض النصوص ما يؤكد حرمة الحلف على ترك العصير المباح دائماً، وبهذه المناسبة قال الإمام (ع): «ليس لك أن تحرم ما أحله الله لك». وإن كان الالتزام بترك المباح راجعاً إلى ترك مصداق منه أو ترك طبيعت ولكن في جزء من الزمن، فلا يكون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، لأن ترل المباح في جزء من الزمن ليس تحريماً للمباح، وكذلك الحال بالنسبة إلى الإلتزام بترك فرد منه أو فعل فرد منه.

ومجمل القول إنه إذا كان موضوع الشرط مصداقاً من المباح، أو نوع منه في برهة الزمان لا يكون الشرط محرماً للحلال ولا مخالفاً للكتاب والسنة، وإن كان متعلقاً بنوع المباح مطلقاً وفي جميع الأزمنة والحالات، كما لو اشترط البائع على المشتري في العقد أن لا يتزوج أو اشترط عليه أن لا يشرب العصير، هذا الشرط يتنافى مع الإباحة المطلقة ويخالف الكتاب والسنة، بدليل قول الإمام عليه السلام: «ليس لك أن تحرم ما أحله الله لك».

هذا كله فيما لو تبين حال الفعل موضوع الشرط من حيث انطباق أحد العناوين المتقدمة عليه، ومع التردد في ذلك فلو تعلق به الشرط وحصل لنا التردد في صحته وعدمها فقد رجح الشيخ مرتضى في مكاسبه الرجوع إلى استصحاب عدم المخالفة للكتاب والسنة بنحو يكون المستصحب العدم

السابق لوجود الموضوع، والاستصحاب بهذا المعنى مرجعه إلى استصحاب العدم الأزلي المعروف عند الأصوليين الجعفريين.

وهذا النوع من الاستصحاب قوبل بهجوم عنيف من جانب فريق من الأصوليين من حيث إن التعبد بالبناء على بقاء المشكوك إلى الزمن المتأخر إنما يصح باعتبار الآثار الشرعية المترتبة على المستصحب، والعدم الأزلي السابق على وجود الموضوع لم يكن موضوعاً لأي أثر من الآثار الشرعية، وموضوع الأثر الشرعي في المقام هو العدم النعتي على حد تعبير الأصوليين، أي العدم العارض على الموضوع، والشرط بهذا المعنى ليس مسبوقاً بالعدم، لأنه إما أن يوجد مخالفاً للكتاب والسنة أو غير مخالف لهما.

نعم لو وجد الشرط في زمان غير مخالف للكتاب والسنة، وحصل لنا التردد في مخالفته لهما في الزمن المتأخر، فاستصحاب عدم المخالفة للكتاب والسنة هو المتعين في ذلك لأن المستصحب مسبوق بالعدم.

ومجمل القول إن العدم السابق على وجود الموضوع ليس موضوعاً للأثر الشرعي، والعدم بلحاظ كونه وصفاً للموضوع ليس له حالة سابقة، لأنه إما أن يوجد مخالفاً للكتاب والسنة أو غير مخالف لهما، وعليه فالمتعين في مقام التردد في مخالفة الشرط للكتاب وعدمها الرجوع إلى أصالة عدم كون المشروط عليه ملزماً بالشرط[1].

الشرط الرابع: أن لا يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد، وتفصيل ذلك أن الآثار المترتبة على العقد، منها ما يقتضيها العقد بذاته بنحو يكون تجريد العقد عن ذلك الأثر مستلزماً لتجريد العقد عن مدلوله وإلغاء العقد من أساسه كما لو باع المالك واشترط على المشتري أن لا يملك، أو أن لا يتصرف في المبيع بأي نحو من أنحاء التصرفات والانتفاعات.

ومنها ما يقتضيه العقد بإطلاقه وعدم تقييده بما يدل على تجريده منها

(١) انظر منية الطالب ص ١٠٦ و١١١.

كالتسليم والتسلم، وكون الثمن نقداً، وكونه بالنقد الغالب في البلد الـذي تم فيه العقد ونحو ذلك من الآثار.

ومنها ما يكون من نوع الأحكام المجعولة للمتعاقدين أو أحدهمـا كخيار الحيوان وخياري المجلس والـرؤية وغيـر ذلك من الخيـارات الثابتـة بالجعـل الشرعي في الموارد المختلفة.

فما كان من النوع الأول مما يقتضيه العقد من حيث ذاته، والتي ترجـع إلى المدلول المـطابقي للعقد، هـذه المقتضيات إذا اشتـرط أحد المتعـاقدين عدمها في العقد، يكون الشرط منافياً ومناقضاً للمدلـول المطابقي من العقـد، ولازم ذلـك إما بـطلان العقد والشـرط معاً، وإمـا بطلان الشـرط وحـده، لأن العقد مقصود أولاً بالذات والشرط تابع له، ولو بنينا على صحة هذا النوع من الشروط يلزم تجريد العقد عن أبـرز خواصـه وآثاره وإلغـاء المعاملة في بعض الفروض، كما لو اشترط عليه أن لا يملك أو لا يتصرف في المبيـع بكل نـوع من أنواع التصرفات.

وما كان منها ثابتاً للعقد من حيث إطلاقه وعـدم تقيده بخـلافها كـالآثار الثابتة للعقد من حيث إن العرف العام أو الجعل الشرعي قد اعتبـر تلك الآثار مترتبة على العقد ومن مقتضياته، فالشرط المخالف للعقـد من هذه النـاحية لا يتنافى مع المـدلول المـطابقي للعقد، ولا يلزم منـه تجريـد العقد عن آثـاره، ذلك لأن تلك الآثار إنما كانت ثابتة للعقد من حيث عدم تقييده بما يخـالفها، فإذا ارتفع الإطلاق بسبب الشرط لا يبقى مـوضوع لتلك الآثـار والمقتضيات، وليس في النصوص الفقهية ما يشير إلى الخلاف بين الفقهاء في ذلـك، وإنما الخلاف الواقع بينهم فيما يتعلق بهذا الشرط يـرجع إلى تشخيص تلك الآثـار وأنهـا من أي النوعين هي، وعلى أسـاس ذلـك يحكم بعضهم بصحـة بعض الشروط بحجة أنها لا تخالف مقتضى العقد، ويحكم آخرون بفسادهما بعينها لأنها مخالفة لمقتضاه، وقد أورد الشيخ الأنصـاري في مكاسبـه الأمثلة التاليـة من الشروط التي اختلف الفقهاء في صحتها:

الأول: لو اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع، ونص على أن المشهور بين الفقهاء فساد هذا الشرط لأنه مخالف لمقتضى العقد.

لو اشترط المعير على المستعير والمؤجر على المستأجر ضمان العارية والعين المستأجرة، وقد نص على أن المشهور بين الفقهاء صحة الشرط بالنسبة إلى العارية وفساده في الإجارة وحجتهم في ذلك أن عقد الإجارة يقتضي عدم الضمان فيها، فاشتراط عدمه يكون منافياً لمقتضى العقد، وعقد العارية يقتضي عدم الضمان بمقتضى إطلاقه فاشتراط الضمان فيها لا يتنافى إلا مع إطلاق عقد العارية، وفي مقابل ذلك رجح جماعة صحة الشرط في الموضعين، لأن العقد من حيث ذاته وبالنظر إلى مدلوله المطابقي لا يقتضي الضمان ولا عدمه، وعدم الضمان فيهما مستفاد من إطلاق عقديهما وعدم تقييده بما يوجب الضمان.

لو اشترطت الزوجة على الزوج أن يسكنها في بلدها، فقد نص جماعة على فساد هذا الشرط ومنهم فخر الدين في الإيضاح[1] واحتج لذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد، لأن مقتضى عقد النكاح تسلط الزوج على زوجته في الاستمتاع والإسكان وغيرهما مما يرجع إلى شؤون الزوجية.

لو اشترط أحد الزوجين في العقد المنقطع التوارث بينهما، فقد أبطله جماعة لأنه مخالف لمقتضى العقد، وأجازه آخرون لأن المقتضى لعدم التوارث هو إطلاق العقد وعدم تقييده بما يخالف هذا الإطلاق، إلى غير ذلك من الأمثلة التي أوردها الشيخ في مكاسبه كشاهد على اختلاف الفقهاء في تشخيص مقتضيات العقود وتمييزها عن مقتضيات إطلاقها، ويمكن التفرقة بينهما بالإضافة إلى ما ذكرناه أولاً بالتقريب التالي:

---

(١) أحد فقهاء الشيعة في القرن الثامن ويعرف بفخر المحققين وهو محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، وكان والده العلامة يعظمه ويثني عليه، وقد أمره بإتمام ما بقي ناقصاً من كتبه، والمعروف عنه أنه بلغ مرتبة الاجتهاد قبل أن يصل إلى سن البلوغ توفي سنة ٧٧١ هجرية.

وهو أن مقتضيات العقود تارة تكـون مقصودة للمتعـاقدين أولاً وبـالذات بنحو يدل عليها العقد مطابقة كتمليك الأعيان في عقد البيع والمنافع في عقـد الإجارة، والاستمتاع في عقـد الزواج ونحـو ذلك، وأخـرى تكون من مـداليل العقـد التزامـاً مثل كـون الثمن بنقد البلد، وكـون المبيع سـالمـاً من العيـوب ووجوب التسليم والتسلم والتعجيل في الثمن إلى غير ذلك مما يقتضيه العقـد بواسطة الـظروف والملابسـات التي تحيط المتعاقـدين وتقترن بـالعقد الـواقع بينهما، فإن كان مرجع الشرط إلى عدم حصول المبـادلة بين المـالين، أو إلى عدم التمليك في المعاوضات المفيدة للملك، يكون الشرط مناقضـاً لمدلـول العقد، وذلك كما لو اشترط عدم الثمن في عقـد البيع وعـدم الأجرة في عقـد الإجـارة لأن حقيقة البيـع المبادلـة بين المالين، وحقيقـة الإجارة هي تمليـك المنفعة بالمال فتجريـد البيع والإجـارة عن هذا المعنى يـرجع في واقـع الأمر إلى المنقاضة بين مدلول العقد والشرط.

ومن ذلـك ما لـو كان مفـاد الشـرط سلب جميـع الآثـار المتـرتبـة على العقد، لأن تجريد العقد عن جميع آثاره يؤدي بـالنتيجة إلى أن العقـد لغو لم يصدر من العاقد بقصد الإنشاء والمبادلة بين العوضين.

وإن كان الشرط متعلقاً ببعض الآثار والمقتضيات الخارجيـة عن مدلـول العقـد، كما لـو اشترط عليـه أن لا يبيع المبيـع، أو اشترط عليـه أن يوقفـه أو يهبـه، أو اشترطت الـزوجة على زوجهـا أن لا يطئهـا، أو اشترط البـائع نقـداً خاصاً غيـر النقد الشـائع في البلد ونحـو ذلك. هـذا النوع من الشـروط التي يقتضيهـا العقـد بـإطـلاقـه لا يلزم منهـا إلغـاء العقـد ولا تجـريـده عن الآثـار المقصودة منه، فإن العقد إنما كان مقتضياً لهذه الأمور بواسـطة إطلاقـه وعدم تقييـده بما يخـالفها، فـإذا جاء الشـرط يرتفـع الإطـلاق المنتـج لهـذه الآثـار ونحوها.

وفيما يختص بالآثار الشرعية الثابتـة للمعقود عليـه من حيث كونـه ملكاً للعاقد كالسلطنة التي أقرها الشارع بالنسبـة للمالـك ونحوهـا، هذا النـوع من

الآثار ليس من مقتضيات العقود وإنما هو آثار ملكية الإنسان للمال من أي ناحية حصل التملك، فلو اشترط البائع على المشتري أن لا تكون له السلطنة على المبيع، لا يصح منه هذا الشرط لا من جهة أنه مخالف لمقتضى العقد، بل لأنه مخالف للنصوص التي أثبتت له السلطنة من الكتاب والسنة، هذا إذا رجع الشرط إلى تجريد المالك عن سلطنته على ملكه من جميع الجهات، وإن كان مفاده تحديد سلطنة المالك وقصرها على بعض التصرفات، كما لو اشترط عليه أن لا يبيع المال الذي تعاقدا عليه، وأن لا يهبه إلى أحد ونحو ذلك، هذا النوع من الشروط لا يخالف مقتضى العقد ولا نصوص الكتاب والسنة، لأنه لا يسلب المالك السلطنة المطلقة الثابتة له، بل يصرفها إلى ناحية خاصة من أنحاء التصرف.

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط ما لو اشترطت الزوجة على زوجها أن يسكنها في محل معين، لأن عقد الزواج لا يقتضي أكثر من استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وتسلط الزوج على إسكان زوجته في أي محل أراد من الحقوق المجعولة له، فإذا اشترطت عليه في العقد والتزم بهذا الشرط، يكون التزامه به إسقاطاً لهذا الحق الذي جعله له الشارع. أما الآثار الشرعية المترتبة على العقد كالخيارات المجعولة من قبل الشارع للعاقدين أو لأحدهما، فلو اشترط أحدهما على الآخر أن لا يكون له الخيار في فسخ العقد، يصح منه هذا الشرط، لأنه يرجع إلى إسقاط حقه من الخيار الثابت له بالجعل الشرعي. نعم لو كان الشرط راجعاً إلى عدم ثبوت هذا الحق للمتعاقدين لا يصح منهما لأنه مخالف للنصوص الدالة على ثبوته.

وقد عد الفقهاء من فروع هذه المسألة ما لو اشترط المؤجر على المستأجر والمعير على المستعير ضمان العين المستعارة والمستأجرة، ونص أكثر الفقهاء على فساد هذا الشرط في عقد الإجارة وصحته في العارية بحجة أن اشتراط الضمان في عقد الإجارة مخالف لمقتضى العقد وفي العارية مخالف لإطلاقه.

ورجح فريق منهم صحته في المقامين فيما لو كانت الإجارة على العمل فإذا تعلقت بالأعيان لاستغلال منفعتها لا يصح اشتراط الضمان فيها، لأن عقد الإجارة يدل بالالتزام على وجوب تسليم العين إلى المستأجر لاستيفاء منفعتها باعتبار أنها من الأمور التدريجية التي لا يمكن استيفائها إلا خلال مدة من الزمن، كما لو استأجر الدار للسكن والسيارة لقطع مسافة معينة عليها ونحو ذلك، وإذا كان العقد مقتضياً لتسليمها إلى المستأجر تكون في يده أمانة بإذن مالكها، فاشتراط الضمان فيها يتنافى مع المدلول الالتزامي للعقد الذي هو عبارة عن استيلاء المستأجر عليها إلى أن يستوفي منفعته كاملة غير منقوصة.

وهذا بخلاف الإجارة على الأعمال، فإن عقد الإجارة في هذه الحالة لا يفرض على المؤجر تسليم العين إلى الأجير لأن المطلوب هو العمل لا غير ومن الممكن الإتيان بالعمل وهي في يد الملك فإذا استلمه الأجير يكون استلامه بمحض إرادة المالك واختياره لا من حيث إنه مدفوع على ذلك من قبل العقد كما هو الحال في الصورة الأولى[1].

ومهما كان الحال بعد أن بينا الفرق بين مقتضيات العقود ومقتضيات إطلاقها أصبح من السهل اليسير التوصل إلى الحلول المناسبة لكل فرض من الفروض الفقهية التي ذكرها الفقهاء، والتي يمكن افتراضها في المقام.

ولا بد لنا بعد أن عرضنا هذه المرحلة من المراحل التي تتوقف عليها صحة الشروط من الإشارة إلى الأمور التالية:

الأول: إن الشرط تارة يتعلق بصفة من صفات المبيع، وأخرى يتعلق بفعل من الأفعال، كما لو اشترط البائع على المشتري أن يبني مسجداً أو يهب شيئاً من أمواله إلى الفقراء ونحو ذلك، وثالثة يكون المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على الأسباب الشرعية، كما لو اشترط عليه أن

---

(١) انظر منية الطالب للخونساري ص ١١٥ و١١٦.

تكون داره ملكاً للفقراء، وأن يكون عبده حراً وزوجته طالقاً وأمثال ذلك من النتائج التي لا تحصل إلا بأسبابها، فإن كان متعلق الشرط صفة من صفات المبيع كما لو اشترط المشتري أن يكون الشجر مثمراً وأن تكون الدار على شكل من الأشكال الهندسية المعينة، فلو تبين أن المبيع فاقد للصفة التي التزمها البائع للمشتري، يثبت له الخيار في فسخ العقد كما ذكرنا سابقاً ولا يجب على البائع إيجاد تلك الصفة، لأن الشرط لم يتعلق بإيجاد تلك الصفة، وإنما المطلوب بالشرط هو المبيع المتصف بها.

وإن كان الشرط متعلقاً بفعل من أفعال المشتري أو البائع، فالمشهور بين الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ الأنصاري في مكاسبه، أن المشروط عليه ملزم بالإتيان بالفعل الذي ألزم نفسه به في العقد، كما ينص على ذلك قوله (ع): من شرط لإمرأته شرطاً فليفِ لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً وأحلّ حراماً، وجاء في بعض النصوص:

﴿المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله﴾ ولازم ذلك أن عدم الوفاء بالشرط معصية لله سبحانه.

أما إذا كان المطلوب بالشرط المسببات والنتائج المترتبة على أسبابها بالجعل الشرعي كالأمثلة التي ذكرناها فلا يبعد بطلان هذا النوع من الشروط، لأن تلك النتائج والمسببات قد جعل الشارع لكل واحد منها سبباً مولوداً ولو بالجعل التشريعي، فاشتراط وجودها بدون الأسباب المولودة لها مخالف للكتاب والسنة، نعم بالنسبة إلى النتائج التي لم ترتبط بأسباب معينة، بل تحصل بكل فعل أو قول مهما كان نوعه إذا اشترطها أحد المتعاقدين يصح الشرط ويجب الوفاء به كغيره من الشروط المتعلقة بالأفعال.

قال الشيخ مرتضى الأنصارى في مكاسبه: فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع إناطتها بأساب خاصة، كما يصح نذر مثل

هـذه الغايـات، بأن ينـذر كون المـال صدقـة، وكون هـذا المال لـزيد ونحـو ذلك[1].

الثاني: أن الملتزم بالشرط لو امتنع عن الوفاء به، هل يجبر على الوفاء به وتنفيذه أم لا يجبر على ذلك؟ الذي رجحه جماعة من الفقهاء. إن الممتنع عن تنفيذ التزاماته للحـاكم ولغيره إجبـاره على الوفـاء بشرطـه، لأن المشروط بعد أن التزم به أحد العاقدين أصبح حقاً للطرف الآخـر، ولصاحب الحق أن يتوصل إلى تحصيل حقه بأي طريق كان ولو عن طريق القوة[2].

الثـالث: لو لم يفي المشروط عليه، إمـا لأن الشرط متعـذر في نفسه، وإما عصيانـاً منه، فليس للطرف الآخـر حق في المطالبـة بالتفـاوت بين العقد على العين المجردة عن الشرط، وبين العقد عليها مع الشرط، حتى ولـو كان للشـرط أثر في زيـاد الثمن، ذلك لأن المعـاوضة إنمـا هي بين المـالين بنـظر العـرف والشرع، والثمن ليس مـوزعاً على أجـزاء المبيع فضـلاً عن الشـروط والصفات وبقية الالتزامات، وفصّل العلامة في التذكرة بين ما لـو كان الشـرط عمـلاً يقابـل بالمـال، وبين ما إذا لم يكن من الأعمـال أو كان منهـا ولكنه لا يقابل بالمال، ففي الصورة الأولى يثبت للطرف الثاني الخيار بين الفسخ وبين الالتـزام بـالعقـد والمـطالبـة بعـوض العمـل المشـروط على البـائـع مثـلاً أو المشتري.

قال في التذكرة: لو شرط على البائـع عملاً سـائغاً تخيـر المشتري بين الفسخ والمطالبـة به أو بعـوضه إن فـات وقته وكـان مما يتقـوم، كما لـو شرط تسليم الثـوب مصبوغـاً فأتـاه به غيـر مصبوغ ولـو لم يكن مما يتقـوم تخير بين

(١) انظر المكاسب أحكام الشرط الصحيح.
(٢) وفصل بعض الفقهاء بين ما كان حقاً لله سبحانه وبين غيره، فما كان لله يجبر على تنفيذه وما كان لغير الله لا يجبر عليه.

الفسخ والأمضاء مجاناً[1].

ويبدو من النصوص الفقهية أن الشرط إذا كان في واقعه راجعاً إلى تحديد أجزاء المبيع، كما لو باع الأرض بشرط كونها عشرة آلاف متراً، أو باع الثوب بشرط كونه كذا ذراعاً، والصبرة بشرط كونها عشرين صاعاً ونحو ذلك ففي مثل ذلك يكون المشتري مخيراً بين الالتزام بالعقد واسترجاع التفاوت، بين فسخ العقد واسترجاع الثمن بكامله وهذا من غير فرق بين أن تكون أجزاء المبيع متساوية أو متفاوتة[2] وهذا الرأي يؤيده العرف، ويساعد عليه الذوق الفقهي، وتؤكده بعض المرويات عن الأئمة (ع) في هذه المسألة كما جاء في رواية ابن حنظلة. قال سألته عن رجل باع أرضاً على أنها عشرة اجرية، واشتراها المشتري بحدودها ونقد الثمن وافترقا، فلما مسح الأرض فإذا هي خمسة أجرية، قال الإمام (ع) إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض وإن شاء رد المبيع وأخذ المال كله، إلا أن يكون له إلى جانب تلك الأرض أرضون فليوفه منها، ويكون البيع لازماً، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع، فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله وإن شاء رد الأرض وأخذ المال كله.

وقد طال الفقهاء الحديث عن أحكام الشروط والنتائج الفقهية المترتبة

---

(١) ما ذكره العلامة في التذكرة إنما يصح لو كان مؤدى الشرط وقوع المعاوضة على الثوب المصبوغ بنحو يكون المعقود عليه هو الثوب المصبوغ، فيكون المبيع في هذه الحالة هو الثوب والصبغ والثمن في مقابلهما، ولكن اشتراط الصبغ لا يؤدي هذا المعنى، فإن الشروط ليست من أجزاء المبيع، ولا يقابلها شيء من الثمن.

(٢) وفي مقابل هذا الرأي رجح جماعة من الفقهاء عدم مقابلة الشروط بشيء من الثمن مهما كان نوع الشرط، والمبيع في الأمثلة المذكورة ونظائرها هو الموجود الخارجي واشتراط كونه كذا وكذا ذراعاً أو مساحة يرجع إلى توصيفه بهذه الصفة، فلو تبين عدم حصول الشرط يكون المبيع فاقداً لصفة من الصفات المطلوبة للمشتري، وتخلف الصفات لا يوجب أكثر من الخيار للمشتري وإعطاءه الحق في فسخ العقد.

عليها، ونحن كما ذكرنا أكثر من مرة لا يعنينا أن نستوعب جميع ما ذكروه بعد أن أشرنا إلى القواعد العامة وأصول المسائل التي منها ينطلق الباحث إلى الفروع والنتائج المترتبة عليها.

وقد حدد الفقهاء نوعية الشرط المبحوث عنه في باب العقود من ناحية وجوب تنفيذه وعدمه، فنصوا على أن الشروط الابتدائية التي لا ترتبط بعقد من العقود لا يجب تنفيذها، ويبدو من النصوص الفقهية أن الفقهاء بين من يرى أن هذا النوع من الاتفاقات خارج عن عنوان الشروط موضوعاً، بمعنى أنه ليس فرداً لقوله (ص) المسلمون عند شروطهم[1] وبين من يتوسع في مفهوم الشرط لكل اتفاق يحصل بين اثنين، ولو لم يكونا في مقام التعامل والتعاقد، ولكنهم مع ذلك يرون أن الإجماع الفقهي الحاصل من الفقهاء بالنسبة لهذه الاتفاقات، هذا الإجماع يكون مخصصاً لتلك العمومات التي تفرض على كل إنسان أن يفي للآخر بما التزم به، وبنتيجة التخصيص لا تكون مشمولة لتلك العمومات.

ولو اتفق شخصان على أمر وتعاقدا بنحو كان العقد الواقع منهما مبنياً على الإتفاق الواقع قبل العقد، ولكنهما لم يتعرضا في العقد لشيء مما اتفقا عليه، فالمشهور بين الفقهاء الحاق هذه الصورة بالصورة الأولى، إما لأن هذا النوع من التباني ليس من الشروط، فلا تشمله العمومات القاضية بوجوب

---

(١) لأن مفهوم الشرط يؤدي معنى الترابط والالتزام من الطرفين وتعليق أمر على آخر، ولا يتحقق هذا المعنى إلا إذا وقع الالتزام في عقد من العقود لازمة كانت أو جائزة، وجاء في المكاسب: إن المشروط عليه إن شاء التزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به، فلا تشمله أدلة العقود لعدم كونه جزءاً منها ولا أدلة الشروط لأنه ليس منها.

تنفيذها، وإما لخروجها عن تلك العمومات حكماً بنحو التخصيص بواسطة الإجماع على عدم وجوب الوفاء بالشروط إذا يلتزم بها العاقدان في العقد صراحة[1].

* * *

(١) ورجح العلامة في المختلف والشيخ الطوسي في الخلاف وجوب الوفاء بهذا النوع من الاتفاق من حيث إن الرضا بالمعاملة مبني ومرتبط بالاتفاق الحاصل بين المتعاقدين قبلها، فلو ألغينا الاتفاق السابق يفقد العقد شرطاً أساسياً من شروطه وهو الرضا وبدونه لا تصح المعاوضة كما تنص على ذلك الآية الكريمة.

الشروط والمذاهب الأربعة

ومهما كان الحال فالخلاف الواقع بين فقهاء الإمامية في الشروط التي يجب على المتعاقدين التقيد بها وتنفيذها، هذا الخلاف بعينه وبشكل أوسع واقع بين فقهاء المذاهب الإسلامية، فهم بين من أعطى للمتعاقدين الحرية المطلقة، وسوغ لهما أن يشترطا في العقد كل شرط على شريطة أن لا تقضي الأدلة الشرعية ببطلان ذلك الشرط، عملاً بالمبدأ العام القاضي بإباحة كل شيء لم ينص الشارع على تحريمه.

وبين من وقف عند الشروط التي رخص الشارع بها، ولم يجعل للإنسان الحق في أن يشترط ما يريد، ذلك لأن الأصل الأولي في كل شيء الحظر، بمعنى أن كل شيء لم ينص الشارع على إباحته لا يجوز الإقدام عليه، وأكثر الفقهاء عملاً بهذا المبدأ هم الظاهرية أتباع داود الظاهري، واستدل الظاهرية على بطلان الشروط والعقود التي لم يرد من الشارع نص عليها بعينها بما روته عائشة عن الرسول (ص) أنه قال: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد».

وقال ابن حزم الظاهري: فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه

باسمه، أو بإباحة التزامه بعينه[1].

واستدلوا أيضاً بما جاء عنه (ص) أنه قال: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق.

وقد اعتمد الفريق الأول بالإضافة إلى أصالة الإباحة في الأشياء، على الآيتين الكريمتين:

﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم﴾.

وقوله تعالى: أوفوا بالعقود وغيرها من النصوص التي تدل على وجوب الوفاء بما التزمه الإنسان من عقود وشروط وانتهوا من مجموع ذلك إلى النتيجة التالية: وهي أن صحة الشرط لا تتوقف على أن يكون الشرط منصوصاً عليه بعينه من الشارع، بل يكفي عدم المنع عنه إذا لم يكن محرماً للحلال، أو محللاً للحرام.

هذان المبدأن، مبدأ المنع عن كل شيء حتى يرد به الترخيص من الشارع، ومبدأ الإباحة لجميع الأشياء حتى يرد المنع عنها، يرتكز عليهما الخلاف بين الفقهاء في الشروط التي تقترن بالعقد.

على أن الأحناف قد اعتمدوا بالإضافة إلى أصالة الإباحة في الأشياء، على العرف في تصحيح بعض الشروط، واعتبروا تسالم العرف على شرط أو عقد كالنص الشرعي عليه، ورووا في ذلك عن النبي (ص) أنه قال: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». وقال شاعرهم:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

وادعوا أن العرف العام الذي لا يختص ببلد من البلدان يصح أن

---

(١) انظر الأحكام في أصول الأحكام ج/٥ ص ٣٢.

يعارض أدلة الفقه، إلا إذا كانت المسألة الفقهية ثابتة بنص صريح، فإن العرف في هذه الحالة لا يقوى على مزاحمة ذلك النص.

وقد قسم الأحناف الشروط إلى ثلاثة، صحيح وفاسد وباطل. فالصحيح هو الموافق لمقتضى العقد، والمؤكد لمدلول العقد، والمأذون به من قبل الشارع، والذي استقر عليه عرف الناس، ومن أمثلة الموافق لمقتضى العقد، ما لو اشترط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن قبل أن يتسلم المبيع:

ومن أمثلة المؤكد لمقتضى العقد، ما لو اشترط البائع أن يأخذ رهناً على الثمن، أو يقدم له كفيلاً به إذا كان مؤجلاً.

ومن أمثلة المأذون به شرعاً، ما لو اشترط الخيار للبائع أو المشتري في مدة معينة من الزمن.

ومن أمثلة ما استقر عليه عرف الناس، ما لو اشترى ساعة أو سيارة وشرط على البائع أن يتعاهدها خلال مدة من الزمن بالإصلاح، فالشرط إذا اتصف بواحدة من هذه الصفات الأربعة يكون جزءاً من العقد، ويجب تنفيذه لأن المشروط له لم يرض بالمعاوضة بدونه.

والشرط الفاسد، هو الفاقد لهذه الصفات، ولكنه مع ذلك يكون مشتملاً على مصلحة لأحد المتعاقدين أو لشخص آخر.

ومن أمثلته عندهم ما لو باع المالك داره واشترط على المشتري أن لا يخرج المستأجر منها، أو يشترط عليه أن يبقى هو بنفسه مدة من الزمن بها، أو تشترط الزوجة على الزوج أن تبقى في بيت أهلها، أو يشترط مالك الأرض على المستأجر أن يؤجر قسماً من الأرض لشخص آخر، فهذه الأمثلة ونظائرها من حيث إنها ليست موافقة لمقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه، ولا مأذوناً بها من شارع، ولا هي متعارفة بين الناس هذه الأمثلة من أمثلة الشرط الفاسد المفسد للعقد، لأن كلاً من المتعاقدين قد رضي بالعقد مع الشرط، فإذا كان

الشرط فاسداً أصبح العقد المجرد عنه فاقداً للرضا على حد تعبيرهم إذا وقع الشرط في عقد من عقود المعاوضات المالية(١).

أما إذا اقترنت هذه الشروط في غيرها من المعاوضات كالوقف والعارية والهبة والزواج ونحو ذلك فيصح العقد ويفسد الشرط.

والشرط الباطل، فهو الذي لم يوجد فيه شيء مما يجب أن يكون في الشروط الصحيحة، ولم يكن فيه منفعة لأحد، ذلك كما لو باع المالك داره واشترط على المشتري أن لا يسكنها أحد مدة معينة من الزمن، أو باع سيارته واشترط أن لا يستعملها أسبوعاً أو شهراً مثلاً، وحكم هذا النوع من الشروط أنه لغو باطل والعقد صحيح يجب الوفا به، سواء كان من عقود المعاوضات، أم من العقود الأخرى، كالهبة والكفالة والزواج وغير ذلك من أنواع العقود والمعاوضات.

ويبدو أن الحنابلة لا يتشددون في الشروط كالأحناف والظاهرية، ولذا نجد أن كثيراً من الشروط التي نص الأحناف على فسادها أو بطلانها، نص الحنابلة على صحتها، ومن ذلك ما لو اشترط المشتري صفة معينة في المبيع، أو اشترط بائع السيارة أن يستخدمها شهراً أو أكثر، أو اشترطت الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها، أو يسكنها في بلد معين ونحو ذلك هذه الشروط وأمثالها، شروط صحيحة يجب الوفاء بها على من التزمها، سواء وقعت في عقود المعاوضات أم في غيرها من العقود، وبكلمة واحدة، إن الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد والغَرَض منه، كما لو

---

(١) قد علل بعضهم بطلان العقود المقترنة بهذا النوع من الشروط، بأن المعاوضة المقترنة بالشرط تنحل إلى بيع وشرط، وقد نهى النبي (ص) عن بيع وشرط كما جاء في بعض الروايات عنه. ومقتضى ذلك بطلان جميع العقود المقترنة بالشروط مهما كان نوعها، لأن كل عقد مشروط ينحل إلى بيع وشرط فيشمله النهي المزعوم.

باع شخص داره واشترط أن لا يبيعها مطلقاً، أو باعها على شرط أن لا يقفها، أو بشرط أن يسكن فيها ولا يؤجرها للغير، هذا النوع من الشروط وإن كان فاسداً، إلا أنه لا يفسد العقد.

الحالة الثانية: أن يكون الشرط مخالفاً لحكم الله ورسوله، كما لو اقتضى الشرط أن يجمع المتعاقدان صفقتين في عقد واحد، كما لو أقرض شخص مبلغاً من المال على شرط أن يشتري به شيئاً، أو يدفع التاجر مبلغاً من المال لشخص على شرط لا يبيع انتاجه لغيره ونحو ذلك وهذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد، لأن النبي (ص) نهى عن بيع صفقتين في صفقة واحدة، بالإضافة إلى أن هذه المعاوضة تؤدي في الغالب إلى نزاع بين المتعاقدين في العقد الثاني الذي اعتبره العاقد شرطاً للعقد الأول، على أن بعض هذه الشروط إذا وقعت في عقد القرض، تؤدي إلى الربا الذي نهى عنه الشارع، كما ينص على ذلك قوله (ع): كل قرض جر نفعاً فهو حرام.

ومع أن ابن تيمية من فقهاء الحنابلة يبدو وكأنه أوسع صدراً فيما يتعلق بالشروط من شيوخه الحنابلة، ويقترب من الجعفريين في هذه المسألة، حيث إنه يصحح كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله ولا يتعارض مع مقصود المتعاقدين واستدل على ذلك بقول الرسول (ص): المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وبقوله تعالى:

﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ وأضاف إلى ذلك: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه نص أو قياس، ومع الشك في بطلان الشرط وعدمه يتعين الرجوع إلى أصالة عدم التحريم.

على أن ما يلتزمه الإنسان راضياً مختاراً قد تضافرت الملل والنحل على الوفاء به، ودل عليه القرآن الكريم والسنة النبوية.

ومن ذلك تبين أنه لا يستثنى من الشروط إلا ما خالف حكم الله

ورسوله، والمقصود من العقد، ومن أمثلة الأول: ما لو اشترط بائع الجارية أن يكون نسب ما تولد منها لغير زوجها، وأن يكون ولاءها لغير من أعتقها، لأن الله يقول: ادعوهم لآبائهم، والرسول (ص) يقول: الولاء لمن اعتق.

ومثل للثاني: بما لو باع شخص داره واشترط على المشتري أن لا ينتفع بها بأي نحو من أنحاء الإنتفاعات، لأن مرجع هذا الشرط إلى الجمع بين المتنافيين، وفي غير هاتين الصورتين تصح جميع الشروط والعقود، سواء أكان ذلك في عقود المعاوضات أم في غيرها من العقود مهما كان نوع الشرط[1].

* * *

---

(١) انظر المدخل لدراسة نظام المعاملات في الفقه الإسلامي ص ٤٢١ و٤٢٤ وما بعدها و٤٢٧ وبداية المجتهد لابن رشد، والفقه على المذاهب الأربعة الجزء/٢ ص ٢٣٠ قسم المعاملات.

الشرط الفاسد وأثره على العقد

لقد نص الفقهاء على أن الشرط الفاسد لا تشمله أدلة وجوب الوفاء بالعقود، ولا الأدلة العامة التي تنص على وجوب الوفاء بالشروط، إن الشرط المؤدي إلى الجهالة في العقد، كما لو اشترط المشتري تأجيل الثمن ولم يعين له أمداً، وكما لو لم يعين الأجل في بيع السلم ونحو ذلك من الشروط المشتملة على الجهالة أو كان الشرط مستلزماً للمحال على حد تعبير الفقهاء، كما لو باعه الدار أو العقار واشترط عليه أن يبيعه له، لأن هذا الشرط يؤدي بالنتيجة إلى عدم المعاوضة من حيث إن ملكية المشتري للمبيع تتوقف على حصول الشرط، وتنفيذ الشرط من قبل المشتري يتوقف على كونه مالكاً للمبيع، وكذلك لو كان الشرط مخالفاً للمشروع، كما لو باعه الدار واشترط عليه أن تكونَ محلاً للدعارة، أو باعه العنب واشترط عليه أن يصنعه خمراً فقد نص الفقهاء على أن هذا النوع من الشروط فاسد ومفسد للعقد.

أما إذا لم يستلزم الشرط خللاً في العقد، بأن كان فساده لمخالفته لمقتضى العقد أو للكتاب والسنة، أو لكونه لغواً بنظر العرف والعقلاء وغير ذلك من الشروط الفاسدة، فالفقهاء بين من يرى أن الشرط الفاسد مفسد للعقد، وبين من يرى أن هذا النوع من الشروط لا يلزم من فساده بطلان العقد، ولعل هذا الرأي أكثر أنصاراً وأوسع شهرة من الأول، لأن الالتزام

بالشرط مستقل عن الالتزام بالمعاوضة ولولا الشرط لم يكن الالتزام الثاني، فإذا باع المالك داره واشترط عليه المشتري أن تكون مبنية بالإسمنت المسلح مثلاً ووافق البائع على هذا الشرط، فقد التزم على نفسه أمراً لا تدل عليه المعاوضة لولا هذا الالتزام، فيكون تقييد المبيع بكونه مبنياً بالإسمنت قد نشأ من ناحية الشرط، وإذا بطل الالتزام الثاني لأحد الاسباب الموجبة لبطلانه يبقى الالتزام بالمعاوضة ولا يكون العقد فاقداً للتراضي كما يدعي القائلون بالملازمة، ذلك لأن التراضي الذي لا بد منه في العقود، هو أن لا يصدر العقد من المتعاقدين عن جبر وإكراه، وإلغاء الشرط من حيث كونه فاسداً لا يوجب شيئاً من ذلك، نعم لا يكون المشروط له طيب النفس بهذه المعاملة، والرضا بمعنى طيب النفس ليس شرطاً في صحة المعاوضة كما ذكرنا في مسألة الإكراه على العقد[١].

ولا يبعد ثبوت الخيار للمشتري فيما لو كان جاهلاً بفساد الشرط، لأنه قد أقدم على المبيع باعتبار أنه جامع للصفة التي اشترطها على البائع، فإلزامه بالمعاوضة والحالة هذه إضرار عليه، ومقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار رفع اللزوم المسبب لضرر المشتري، وإذا ارتفع اللزوم يصبح أمر العقد بيد المشتري كما رجح ذلك جماعة من الفقهاء[٢].

والظاهر أن الشرط الفاسد مفسد للعقد عند فقهاء المذاهب الأربعة كما يبدو ذلك من المجاميع الفقهية على المذاهب الأربعة[٣].

---

(١) هذا بالإضافة إلى بعض النصوص المؤيدة لذلك، فقد روى المشايخ الثلاثة محمد بن يعقوب الكليني، ومحمد بن الحسن الطوسي، ومحمد بن بابويه المعروف بالصدوق: أن بريدة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة وأعتقتها، وقد اشترط مواليها الذين باعوها أن ولائها لهم، ولما بلغ رسول الله (ص) قال: إن شاءت أقامت مع زوجها وإن شاءت فارقته، والولاء لمن أعتق، فأقر العقد ونص على بطلان الشرط.

(٢) انظر المكاسب للشيخ مرتضى ومنية الطالب للخونساري مبحث الشروط الفاسدة.

(٣) انظر الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات وبداية المجتهد لابن رشد ص ١٦٠ من الجزء الثاني ونقل عن مالك أن بعض الشروط الفاسدة لا تفسد العقد.

ومن الفروع المترتبة على القول بأن الشرط الفاسد مفسد للعقد، أن المتعاقدين لو أسقطا الشرط المفسد للعقد، فلا يكفي ذلك لتصحيحه وإعادة الحياة إليه بعد أن وجد فاسداً، كما يرى ذلك أكثر الفقهاء من شيعيين وسنيين، لأن اللازم من فساده بقاء كل من العوضين على ملك مالكه، وإعراضهما على الشرط بعد أن سرى فساده إلى العقد لا يعيد العقد إلى حالته الطبيعية المؤثرة في المبادلة بين المالين.

نعم لو كان فساد العقد من حيث إن المتعاقدين قد أقدما على العقد ورضيا به مع الشرط، فإذا تبين فساد الشرط يصبح العقد فاقداً للرضا الذي لا بد منه لتصحيح العقد، لو كان الفساد من هذه الناحية لا يبعد أن يكون تنازلهما عن الشرط راجعاً إلى الرضا بالعقد والالتزام به بدون الشرط، وهذا المقدار من التراضي يكفي لتصحيح العقود، كما ذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشيعة والمالكية(1).

ولعل الاكتفاء بالرضا المتأخر عن العقد هو الشائع بين فقهاء الإمامية، ولذا فإن أكثرهم يذهب إلى صحة العقد الواقع عن إكراه إذا رضي المكره بالمعاملة ولو بعد مدة من الزمن.

---

(1) انظر منية الطالب ص ١٤٩ والمكاسب مبحث أحكام الشرط الفاسد، وبداية المجتهد لابن رشد ص ١٦١.

من أحكام الخيار

لقد تعرض الفقهاء لبعض الأحكام والآثار المترتبة على الخيار وتوسعوا في البحث عنها وتتخلص بالأمور التالية:

الأول: إن الخيار ينتقل إلى الوارث كما تنتقل إليه سائر أمواله ومتروكاته فيما لو مات من له الخيار قبل أن يستعمل حقه في الفسخ أو الإمضاء كما يبدو ذلك من النصوص الفقهية.

قال الشيخ مرتضى الأنصاري في المكاسب: الخيار موروث بجميع أقسامه وأنواعه بلا خلاف بين الأصحاب كما في الرياض والحدائق والتذكرة للعلامة الحلي وغيره.

ومجمل القول في ذلك إن الملكية عبارة عن إضافة بين المالك والمملوك من أي سبب كانت، ولهذه الإضافة مرتبتان مرتبة قوية ومرتبة ضعيفة، فالضعيفة كالإضافة الحاصلة بين المرتهن والعين المرهونة وبين من له الخيار ومتعلق الخيار ومن هذا النوع الإضافة الحاصلة بين المالك والأشياء التي لا مالية لها كحبة الحنطة وبعض الأعيان التي ألغى الشارع ماليتها ونحو ذلك والمرتبة القوية هي عبارة عن ملكية الأعيان أو المنافع سواء كانت ماليتها واقعية أو اعتبارية، والملكية بقسميها كما تكون بواسطة المبادلة بين الأموال بالطرق المتعارفة بين الناس في مقام المعاوضات، تكون أيضاً بواسطة تبدل

المالك كما في الإرث فإن ملكية الوارث لمتروكات مورثه مصدرها موت الوارث لا غير.

ثم إن انتقال الخيار بالأرث يتوقف على أن يكون من الحقوق التي تقبل الانتقال إلى الغير، فلو كان حكماً كالإجازة في عقد الفضولي وجواز الرجوع في الهبة ونحو ذلك، أو كان من الحقوق التي تقوم بأصحابها كحق الحضانة والمضاجعة وحق القسم بين الزوجات ونحو ذلك، لا ينتقل إلى الوراث، ويبدو من النصوص الفقهية أن انتقال الخيار إلى الوارث لا يتوقف على أن يكون وارثاً فعلياً لأموال مورثه، كما لو كانت الديون التي على المورث تقابل جميع متروكاته ومع ذلك ينتقل حقه في الخيار إلى وارثه كما لو باع شيئاً وقبل أن يستعمل حقه في الخيار توفاه الله، ولو فسخ الوارث عقد مورثه في هذه الحالة ورجع كل من العوضين إلى مالكه الأول لا يملك الوارث أن يتصرف في المبيع ما دامت الديون محيطة بجميع متروكات المورث.

ولو كان الوارث ممنوعاً من الإرث لأنه لا يؤمن بدين مورثه، أو لأنه قاتل له، فلا ينتقل إليه الخيار الذي كان لمورثه، ذلك لأن الأدلة التي تنص على حرمانه من الميراث يستفاد منها أنه في هاتين الحالتين بمنزلة البعيد عن الميت الذي لا يرتبط معه بسبب أو نسب والظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في ذلك، والخلاف بينهم يكاد ينحصر في إرث الزوجة للخيار فيما لو باع الزوج بعض العقارات أو اشتري وتوفي قبل أن يستعمل حقه في الفسخ أو الإمضاء بناء على أنها لا ترث في العقارات، وقد رجح جماعة عدم إرثها للخيار سواء كان الزوج بائعاً أو مشترياً، ذلك لأن الخيار سلطنة على حل العقد واسترجاع العوض، وليس للزوجة حق في العقار الذي باعه زوجها لأنها لا ترث منه كما المفروض.

واختار بعض الفقهاء ومنهم الشيخ النجفي في الجواهر عدم الفرق بينها وبين غيرها من الوراث، لأن الخيار ليس من توابع ملكية المتعاقدين للعوضين، وإنما يثبت لهما بالجعل الشرعي أو باشتراطه من أحدهما، وبذلك

يصبح ملكاً للعـاقد، ولازم ذلـك انتقالـه إلى جميع الـوراث عملاً بـالنصوص القاضية بانتقال ما تركه الميت من حق فهو لوراثه.

ومهما كان الحال فمصدر الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أن إعطاء المتعاقدين أو أحدهما السلطنة على حل العقد، هل هـو لاسترجـاع العوضين إلى مالكهما من حيث إن صلة كل منهما لم تنقطع عن ماله مادام الخيـار، أو لأن هذا الحق قائم بذاته من غير نظر للعاقدين من حيث كونهما مالكين؟ فمن اعتبره قائمـاً بذاتـه لزمـه أن يذهـب إلى أنهـا ترثـه الزوجـة كما تـرث غيره من متروكات زوجها، ومن بنى على أنه من تـوابع ملكيـة العوضين، وأن الشـارع لم يجعل الخيار في موارده المختلفة إلا ليتمكن المالك من استرجاع ملكـه، فمن بنى على ذلك لزمه أن يذهب إلى عدم انتقال الخيـار إليها فيمـا لو عقـد المالك على العقار وتوفي قبل انتهاء مـدة الخيار لأنهـا لا تملك من العقارات فلا يشملها دليل الإرث بالنسبة لهذه المسألة.

ونظراً لأن حق الخيار لا يقبل التجزئـة كالأعيـان الخارجيـة، فقد اختـار الشيخ مرتضى الأنصاري في مكاسبه وجماعة من الفقهاء أنـه لو تعـدد الوراث ينتقل الخيار بمجمـوعة إلى مجمـوع الوراث بنحـو يكون مشتـركاً بينهـم، لأن أدلة الميراث مفادها أن مجموع ما يتركه الميت ينتقـل إلى وراثه من غيـر نظر إلى كيفية ثبوته لهم.

ولكن لمـا كان التـوزيع والتقسيم في الأعيـان الخارجيـة ممكنـاً، تعين اختصاص كل واحـد من الوراث بحصـة شائعـة مما تـركه المـورث، وفيما لا يقبـل التجزئـة كحق الخيار مثـلاً يثبت لمجموع الـوراث على نحـو لا يصـح لأحـدهم أن يتفـرد بـالفسـخ لا بـالكـل ولا في البعض إلا إذا رضي البـاقـون بذلك، وحينئذ إذا اتفق الوراث على الفسخ، فإن كان الثمن موجوداً بعينه بين أموال مورثهم وجب إرجاعه إلى مالكه، وإن لم يكن مـوجوداً وجب عليهم أن يدفعوا عـوضه من مـال مورثهم حتى ولـو كانت الـديون التي في ذمتـه بمقدار متروكاته، لأن علاقة المالك للثمن لم تنقطع عنه بعـد أن كان العقـد خياريـا،

ولذا فإن الممنوع من التصرف بأمواله من جهة الديون المستحقة عليه، لا يمتنع عليه أن يستعمل حقه في الخيار الثابت له إذا كان سابقاً على التحجير، وحق القرماء لا يقوى على مزاحمة حق المالك الأول للثمن لكونه أسبق من حقهم.

ومن الآثار المترتبة على الخيار كما نص جماعة من الفقهاء، إن من ليس له الخيار ليس له أن يتصرف في المبيع تصرفاً يمنع من استرجاعه كالبيع والهبة ونحوهما من التصرفات الناقلة، لأن المقصود الأصلي لصاحب الخيار هو فسخ العقد واسترجاع ملكه، والتصرفات المملكة تحول بين صاحب الخيار وبين التوصل إلى الغاية التي من أجلها شرع الخيار.

وفي مقابل هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء كما نص على ذلك الشيخ يوسف البحراني في الحدائق، في مقابل ذلك ذهب فريق من الفقهاء إلى أن العقد بعد أن كان سبباً لإنتقال كل من العوضين إلى البائع والمشتري، يجوز لمن ليس له الخيار أن يتصرف في العوض الذي انتقل بكل أنواع التصرفات، ذلك لأن دليل الخيار لا يستفاد منه أكثر من أن صاحب الخيار مسلط على حل العقد واسترجاع ماله، وتصرفات من ليس له الخيار لا تحول بينه وبين تحقيق هذه الغاية، لأنه لو فسخ العقد وكانت العين موجودة استرجعها بنفسها، وإن لم تكن يرجع على البائع بمثلها أو قيمتها، هذا كله بناءً على أن الخيار لا يمنع من تملك المشتري للمبيع والبائع للثمن، أما بناءً على أن العقد لا يؤثر في التمليك ما دام الخيار موجوداً كما ذهب إلى ذلك الشيخ الطوسي وبعض الفقهاء، فليس للطرف الثاني أن يتصرف في العوض الذي انتقل إليه بأي نحو من أنحاء التصرفات المتلفة أو الناقلة لبقاء كل من العوضين على ملك مالكه الأول وقد أطال الفقهاء البحث في هذه المواضيع واستعرضوا جميع الفروض التي يمكن أن تفرض في هذه المسألة، وقد اقتصرنا على أشهر الآراء فيها وألصقها بقواعد الفقه وأصوله[1].

---

(١) انظر المكاسب للأنصاري مبحث أحكام الخيارات، والجواهر للنجفي كتاب المتاجر، وجامع المقاصد للمحقق الكركي وغير ذلك من مجاميع الفقه الشيعي.

التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له

هذه القاعدة في الفقه الجعفري من القواعد المتفق عليها بين الفقهاء إلى حد أصبحت مرجعاً لمعرفة أحكام الجزئيات في الموارد المختلفة وقد وضع أصولها الأئمة كما جاء في بعض المرويات عنهم، ومنها صاغ الفقهاء هذه القاعدة بشكلها الموجود في مجاميع الفقه الشيعي.

ومجمل الحديث عنها أن الفقهاء قد أنفقوا على القاعدة المذكورة بالنسبة إلى خيار الحيوان والشرط، وفيما عداهما من الخيارات لو تلف المبيع بعد قبضه لا يكون مضموناً على البائع حتى ولو كان التلف في زمن خيار المشتري كما هو المشهور بين الفقهاء.

قال في منية الطالب: وقد صرحوا بأنه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع وإن مات بعد العلم بالعيب، وأضاف إلى ذلك: إن المحقق الثاني صرح بأن كون الضمان على البائع في الاقتصاص من العبد الجاني إذا كان في الخيار المخصوص بالمشتري.

وفي مقابل ذلك رجح جماعة من الفقهاء أن هذه القاعدة تجري في جميع الخيارات الثابتة للمشتري.

وقال ابن إدريس الحلي في السرائر: فكل من كان له خيار فالمتاع

يهلك من مال من ليس له خيار، لأنه قد استقر عليه العقد، والذي له الخيار لم يستقر عليه العقد».

ويبدو من هذا التعليل أن العلة في كون الضمان على من ليس له خيار، هي لزوم العقد من جهته وعدم لزومه على صاحب الخيار، وهذا التعليل يطرد في جميع الخيارات سواء كانت في المبيع أو في الثمن، كما رجح ذلك جماعة غيره.

قال الشيخ الأنصاري في مكاسبه: ومن هنا يعلم أنه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم في كل خيار من غير فرق بين أقسام الخيار ولا بين الثمن والمثمن، كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب.

وأضاف إلى ذلك الشيخ الأنصاري أن التعليل الذي اعتمده أنصار التعميم لا تؤيده النصوص التي تعرضت لحكم التلف في زمن الخيار[1] ذلك لأن موردها الخيارات الثابتة للمشتري كخياري الحيوان والشرط وخيار المجلس بالنسبة إلى المشتري لا غير، ومع ذلك فهي توحي بأن تضمين البائع للمبيع التالف في زمن الخيار من حيث عدم لزوم العقد على المشتري من حين صدوره، وهذا لا يكون إلا بالنسبة للخيارات المقارنة لوجود العقد، أما الخيارات الباقية فإنما تحدث من حين أسبابها كما ذكرنا سابقاً فإن العقد يوجد لازماً من حين صدوره ويطرأ عليه الخيار عند حصول أسبابه.

ولأجل ذلك وقف أكثر الفقهاء عند الخيارات الثلاثة المقارنة لوجود العقد، ولم يتعدوا عنها إلى بقية الخيارات، ويؤيد ذلك ما جاء في المكاسب.

---

(١) فقد جاء في مروية عبد الله بن سنان عن الصادق (ع): الرجل يشتري العبد بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الداية، على من ضمان ذلك، فقال (ع) على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع.

قال: والإنصاف أنه لم يعلم من حل أحد من معتبري الأصحاب الجزم بهذا التعميم فضلاً عن اتفاقهم عليه، فإن ظاهر قولهم: التلف في زمن الخيار هو الخيار الزماني، وهو الخيار الذي ذهب جماعة إلى توقف الملك عليه لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن والرؤية والعيب وغير ذلك.

ومهما كان الحال. فقاعدة التلف في زمن لم ترد بنصها الحرفي الموجود في كتب الفقهاء في الكتاب والسنة، والموجود في النصوص المروية عن الرسول (ص)[1] ثبوت الضمان على البائع لو مات المبيع أو حدث فيه حدث خلال الأيام الثلاثة التي يسوغ فيها للمشتري رد المبيع إذا كان حيواناً، وقبل انقضاء المدة التي اشترط فيها المشتري لنفسه الخيار، كما جاء ذلك في مروية عبد الله بن سنان، ومروية عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق (ع) فمن استفاد من تلك النصوص أن تضمين البائع من حيث لزوم العقد بالنسبة إليه وعدم لزومه على المشتري، من استفاد منها ذلك تعدى عن موردها إلى جميع الخيارات سواء كان التالف الثمن أو المبيع، واعتبرها من القواعد العامة السارية في جميع الخيارات، ومن راعى موارد النصوص ونظر إليها بعين الاعتبار لم يتعدى إلى بقية الخيارات، لا سيما وأن هذا المبدأ مخالف للقواعد العامة، لأن مقتضاها تضمين المشتري بعد أن ملك المبيع بالعقد واستلمه من البائع.

وقد نص جماعة من مشاهير الفقهاء ومنهم الشيخ الأنصاري: بأن التلف الحادث في زمن الخيار، من جملة الحوادث التي توجب انفساخ العقد وإرجاع كل من العوضين إلى ملك مالكه، فيكون الحكم بتضمين البائع من حيث إنه تلف في ملكه، قال الشيخ مرتضى الأنصاري: إن تضمين من ليس له الخيار لا يكون إلا بتقدير انفساخ العقد قبل التلف، ولو بزمان يسير فيرجع

---

(١) فلقد جاء عنه (ص) بالنسبة إلى العبد إذا مات في زمن الخيار: أن المشتري يستحلف بالله أنه ما رضيه، ثم هو بريء من الضمان.

المبيع إلى مالكه ويتلف من ماله.

وفي مقابل هذا الرأي. نص جماعة من الفقهاء على أن التلف ليس من الأسباب الموجبة لإبطال العقد بعد أن انعقد صحيحاً مملكاً، فلا بد وأن يكون تضمين البائع للمبيع التالف من جهة النصوص التي صرحت بذلك، ولولاها لكان من المتعين تضمين المشتري لأنه قد ملكه بالعقد وأصبح مضموناً عليه بالقبض، كما تنص على ذلك رواية عقبة بن خالد عن الإمام (ع) وقد جاء فيها: أن المتاع يبقى مضموناً على البائع إلى أن يخرجه من بيته، فإذا أخرجه منه يكون مضموناً على المشتري.

على أنه لو قلنا بأن تضمين من ليس له الخيار من حيث إن العقد ينفسخ قبل التلف ولو بزمان يسير ويرجع المبيع إلى ملك البائع والثمن إلى ملك المشتري، لو قلنا بذلك يلزم سقوط خيار المشتري بمجرد التلف، لأنه أي التلف يكشف عن انفساخ العقد قبله على حد زعمهم، ولا أظن أن أنصار هذا القول يلتزمون بذلك[1].

ثم إنه بناء على هذا الرأي الذي تبناه أكثر الفقهاء لا محل للبحث عن نوعية الضمان الثابت على البائع، وإنه الضمان المعاوضي الذي هو عبارة عن الثمن الذي اتفقا عليه، أو الضمان الواقعي، ذلك لأن التلف إذا كان مقتضياً لانفساخ العقد ورجوع المبيع إلى ملك البائع والثمن إلى المشتري ولو قبل التلف بجزء من الزمن، كما يدعي أنصار هذا الرأي، يتعين أن يكون المراد من الضمان الثابت على البائع هو أنه الخسران عليه وحده لأنه تلف وهو في ملكه، وتسمية هذا النوع من الخسران بالضمان لا يخلو من التسامح والتجوز في استعمال لفظ الضمان في المقام.

نعم بناء على الرأي الثاني الذي اختاره جماعة من الفقهاء من أن العقد لا يتزعزع بالتلف، ولولا النص الشرعي لم يكن البائع مسؤولاً عن المبيع بعد

---

(١) انظر منية الطالب ص ١٧٦.

أن أخرجه عن ملكه بالعقد وملكه المشتري واستولى عليه، بناء على ذلك لا يكون الحديث عن نوعية الضمان مستغرباً، إذ كما يمكن أن يكون مضموناً على البائع ببدله، الواقعي الذي هو عبارة عن المثل أو القيمة، باعتبار أنه قد تلف في ملك المشتري، يمكن أيضاً أن يكون مضموناً عليه بالبدل الذي اتفقا عليه حين إنشاء العقد، والذي يسوغ الاحتمال الأول، أي الضمان بأحد الأمرين من المثل والقيمة، هو عدم الفسخ من قبل المشتري للعقد، حيث إنه إذا اختار بقاء العقد يبقى الثمن على ملك البائع في حال كون المبيع مضموناً عليه، فيمكن في مثل ذلك أن يكون مضموناً بالمثل أو القيمة بعد وجود النص على ثبوت الضمان.

أما لو فسخ المشتري العقد فلا يبقى مجال لإحتمال المثل أو القيمة والحالة هذه، لأنه بالفسخ يسترد الثمن إلى ملكه، ويرد المبيع بعينه لو كان موجوداً إلى البائع.

ومهما كان الحال فالضمان بالمثل أو القيمة في المقام لا ينسجم مع المبادىء الفقهية العامة ولا مع العرف الفقهي، لا سيما وأن المتعاقدين قد اتفقا على الثمن في عقد صحيح توافرت فيه جميع الأركان والشروط، هذا بالإضافة إلى أن النصوص التي تعرضت لحكم تلف المبيع في هذه المسألة تشير إلى عدم استقرار ملكية المشتري للمبيع ما دام الخيار موجوداً، ولازم ذلك عدم استقرار ملكية البائع الثمن(١).

ويبدو من النصوص الفقهية المنسوبة إلى فقهاء المذاهب الأربعة أن هذه القاعدة ليست من القواعد المتفق عليها بينهم.

---

(١) فقد جاء في مردية عبد الله بن سنان: أن الضمان على البائع حتى ينقضي شرطه ويصير المبيع ملكاً للمشتري، ومعنى ذلك أن الضمان الذي كان ثابتاً عليه يستمر حتى ينقضي الخيار، ومعلوم أن الضمان الذي كان ثابتاً على البائع هو الضمان بالبدل الذي اتفقا عليه.

فقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد عن المالكية والأوزاعي والليث بن سعد: أن المبيع في زمن الخيار مضمون على البائع، لأن المشتري لا يخرج عن كونه أميناً على المبيع، والأمين لا يضمن ما يتلف في يده.

ونسب إلى المالكية قولاً آخر، وهو أن المبيع إذا تلف في يد البائع كان مضموناً عليه، وإذا تلف في يد المشتري، فهو كالرهن والعارية، فإن تهاون في حفظه يستقر الضمان عليه، وإلا فالضمان على البائع.

والمشهور بين فقهاء الشافعية أن المبيع التالف بعد القبض يتلف من مال المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري.

وقال الأحناف: إن المبيع إذا تلف في يد المشتري، فإن كان الخيار للبائع ينفسخ العقد، وعلى المشتري ضمان المبيع بمثله أو قيمته، لأن العقد لم يعد صالحاً للإجازة بعد ذهاب محلها، وإن كان الخيار للمشتري يسقط الخيار ويملك البائع الثمن، لأن المبيع قد خرج عن ملكه إلى ملك المشتري والمتحصل من ذلك أن المبيع لو تلف في زمن الخيار يتلف من مال المشتري وكل ما في الأمر أن الخيار لو كان للبائع، يكون المبيع مضموناً على المشتري بمثله أو قيمته، وإن كان للمشتري يسقط الخيار، وتستقر ملكية البائع للثمن الذي وقع العقد عليه[1].

وبعد فإني بعد أن وصلت إلى هذه المرحلة من البحث عن العقود ومتعلقاتها رأيت من المصلحة أن أقف عند هذا الحد، لأن نطاق هذا الكتاب يضيق عن عرض جميع المسائل والنظريات التي يختص بها كل عقد بمفرده، وقد عرضت في هذا الكتاب أصول النظريات والمسائل المهمة من عقد البيع وغيره واتجهت في الغالب باعتباره من أكثر العقود تداولاً وانتشاراً بين الناس،

---

(١) انظر بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني ص ٢٠٨ و٢٠٩، والمدخل لدراسة نظام المعاملات للدكتور محمد يوسف ص ٤٧٢.

ولأنـه يشترك مـع بقية العقـود في أكثـر الأركـان والشـروط، ويلتقي معهـا في مخـطط واحد، وقلمـا توجد نظريـة من النظريـات التي عرضنـاهـا لا تتصـل بالعقود الباقية كالإجارة والصلح والهبة وغير ذلك.

على أني لم أستوعب جميع المسائل التي دونها الفقهاء في مجـاميعهم حول عقد البيـع، ولم أستقصي في الغالب جميـع النقوض والخـلافات حتى في المسـائل التي عـرضت رأي الجعفريين فيهـا، لم أصنع ذلـك خـوفـاً من التطويل الممل، ولأني أحسب أن الذي عرضته من تلك النظريات والمبـاحث يلقي الضوء الوهاج على بقية المسـائل، وينقـل القارىء إليهـا وإلى أحكامهـا بدون تعب واستقصاء.

وأسأله سبحـانه أن يـوفقني لإخراج حلقـة ثانيـة تستوعب جميـع العقود والحقوق والإلتزامات ومنه سبحانه أستمد العون والتوفيق.

مصادر الكتاب

القرآن الكريم
المكاسب للشيخ مرتضى الأنصاري
الجواهر للشيخ محمد حسن النجفي
الرياض للسيد محمد بحر العلوم
بلغة الفقيه للسيد بحر العلوم
نهج الفقاهة للمرجع الأعلى للطائفة الشيعية السيد محسن الحكيم
كتاب الإجارة من المستمسك له أيضاً
الحدائق للشيخ يوسف البحراني
العروة الوثقى للسيد كاظم اليزدي
حاشية المكاسب للسيد اليزدي
وسيلة النجاة للسيد أبو الحسن الأصفهاني
البيع للشيخ هادي الطهراني
منية الطالب للشيسخ موسى الخونساري
حاشية المكاسب للشيخ محمد حسين الأصفهاني
مسالك الأفهام للشهيد الثاني
حاشية المرزا محمد تقي على المعالم في أصول الفقه الجعفري

الفروق لشهاب الدين القرافي
تهذيب الفروق للشيخ محمد ابن الشيخ حسين مفتي المالكية
بداية المجتهد لابن رشد القرطبي
الكنى والألقاب للشيخ عباس القمي
الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات لعبد الرحمن الجزيري
أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية
الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد لمصطفى الزرقا
الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى
الأصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الحكيم
منار السبيل للشيخ يوسف مرعي الحنبلي
مصادر الحق في الشريعة الإسلامية للدكتور السنهوري
الوسيط للسنهوري
نظرية الالتزامات للسنهوري
نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس
النظرية العامة للالتزامات للدكتور أنور سلطان
الموجز في شرح القانون المدني للدكتور عبد المجيد الحكيم
المبادىء العامة في الفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسني
تاريخ الفقه الجعفري للسيد هاشم معروف الحسني
الإمام الصادق لأبي زهرة
تاريخ التشريع الإسلامي للخضري
غاية المنتهى في الفقه الحنبلي
أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف
أحكام القرآن للجصاص

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الفصـــل الأول

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

للمؤلف

١ ـ عقيدة الشيعة الإمامية	طبعة ثانية
٢ ـ تاريخ الفقه الجعفري	طبعة ثالثة
٣ ـ المبادىء العامة للفقه الجعفري	طبعة ثالثة
٤ ـ الشيعة بين الأشاعرة والمعتزلة	طبعة ثالثة
٥ ـ نظرية العقد في الفقه الجعفري	طبعة ثانية
٦ ـ دراسات في الكافي للكليني والصحيح للبخاري	طبعة ثالثة
٧ ـ المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري	طبعة ثالثة
٨ ـ الأحاديث الموضوعة	طبعة ثالثة
٩ ـ الولاية والشفعة والإجارة من الفقه الإسلامي	طبعة ثالثة
١٠ ـ سيرة المصطفى	طبعة خامسة
١١ ـ سيرة الأئمة الإثني عشر	طبعة خامسة
١٢ ـ بين التصوف والتشيّع	طبعة ثالثة
١٣ ـ أصول التشيّع	طبعة ثالثة
١٤ ـ الوصايا والأوقاف وإرث الزوجين	طبعة ثانية
١٥ ـ الانتفاضات الشيعية عبر التاريخ	طبعة رابعة
١٦ ـ من وحي الثورة الحسينية	طبعة ثالثة
١٧ ـ نظرات جديدة في الفرق والمذاهب الإسلامية	
١٨ ـ أصول الفقه الجعفري	
١٩ ـ صور مشرقة من وحي الاسلام	طبعة ثانية